



CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA – UNICEUB
FAJS - CURSO DE DIREITO

PEDRO LUIZ BRAGANÇA FERREIRA

**O DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE DE
EXPRESSÃO E O ESTUDO DO CASO ELLWANGER**

Brasília

2012

PEDRO LUIZ BRAGANÇA FERREIRA

**O ESTUDO DO DIREITO FUNDAMENTAL À
LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O CASO ELLWANGER**

**Monografia apresentada como requisito
para a conclusão do curso de bacharelado
em Direito do Centro Universitário de
Brasília.**

**Orientador: Professor Henrique Smidt
Simon.**

Brasília

2012

PEDRO LUIZ BRAGANÇA FERREIRA

**O ESTUDO DO DIREITO FUNDAMENTAL À
LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O CASO ELLWANGER**

**Monografia apresentada como requisito
para a conclusão do curso de bacharelado
em Direito do Centro Universitário de
Brasília.**

**Orientador: Professor Henrique Smidt
Simon.**

Brasília, ____ de _____ de 2012

Banca Examinadora

**Prof Henrique Smidt Simon
Orientador**

**Prof
Examinador**

**Prof
Examinador**

AGRADECIMENTOS

À minha família, de apoio incondicional.
Em especial ao meu irmão, Fábio Bragança,
Não só meu mentor no Direito, mas uma fonte de inspiração.
E à minha irmã, Ana Cecília, que sempre me ajudou.
Também aos meus amigos e companheiros de curso.
Obrigado.

RESUMO

A presente pesquisa terá como tema central a análise da garantia constitucional à liberdade de expressão em conflito com outros direitos constitucionalmente protegidos, como a dignidade da pessoa humana e a igualdade jurídica, sob o enfoque do HC 82.424/RS – O Caso Ellwanger – julgado improcedente pelo Supremo Tribunal Federal, mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade e a utilização de vasta doutrina sobre o tema. O foco do trabalho gira em torno do questionamento a respeito da constitucionalidade da decisão do STF, chegando a uma resposta positiva, que fora alcançada através da análise dos fundamentos dos votos dos Ministros e de suas divergências, bem como por meio de doutrina constitucional a respeito do tema, desenvolvidas nos capítulos iniciais. Pode-se verificar que, assim como os demais direitos fundamentais, a liberdade de expressão não possui caráter absoluto e deve ser limitada quando houver abuso no seu exercício, como ocorre no caso em tela, em que Siegfried Ellwanger, sob a escusa do revisionismo histórico e pesquisa científica, publica obras antissemitas, de sua autoria e de terceiros, de cunho racista, incitando o ódio contra o povo judeu. Desta forma, por não comportar condutas ilícitas, a garantia constitucional à liberdade de expressão do paciente deve ser restringida, se sobrepondo a ela, a dignidade do povo judeu e a igualdade jurídica. É nesse sentido que pode se concluir pela constitucionalidade da decisão do Supremo Tribunal Federal.

Palavras Chaves: Liberdade de Expressão. Conflito de Direitos Fundamentais. Dignidade da Pessoa Humana. Proporcionalidade. Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

The present essay will have as main point the analysis of constitutional guarantee of the freedom of speech in conflict with other rights constitutionally protected, such as human dignity and legal equality, under the focus of HC 82.424/RS – Ellwanger Case – dismissed by the Supremo Tribunal Federal, through the application of the principle of proportionality and the use of a large doctrine about the subject. The focus of this project is grounded around the questioning about the constitutionality of the decision made by STF, getting to a positive answer that was achieved through the analysis on the grounds of the votes made by the Ministers and their differences, as well as through constitutional doctrine about the subject, developed in the early chapters. It can be noticed that, as the other fundamental rights, freedom of speech does not have an absolute character and it should be limited when its use is being misused, as it happens in the case mentioned above, in which Siegfried Ellwanger, under the excuse of historical revisionism and scientific research, publishes anti-Semitism works, of his authorship and third parties, disseminating racist propaganda, inciting hatred against the Jewish people. Therefore, as it doesn't carry unlawful conducts, the constitutional guarantee of the freedom of speech of the defendant should be restricted, overlapping it, the dignity of the Jewish people and the legal equality. As a result, it can be concluded for the constitutionality of the decision made by the Supremo Tribunal Federal.

Key words: Freedom of Speech. Conflict with Fundamental Rights. Human Dignity. Proportionality. Supremo Tribunal Federal.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	08
1. TEORIA GERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	11
1.1 Breve Evolução Histórica	11
1.2 Dimensões dos Direitos Fundamentais	13
1.3 Limitações e Garantias dos Direitos Fundamentais	15
1.4 A Constituição Federal e os Direitos Fundamentais	20
1.5 Estado Democrático e Social de Direito e os Direitos Fundamentais	23
1.6 Breve Noções sobre Interpretação Constitucional	24
1.7 Considerações Finais	29
2. LIBERDADE DE EXPRESSÃO	31
3. O CASO ELLWANGER	39
3.1 Síntese do Processo	39
3.2 Fundamentos dos Votos dos Ministros	41
3.3 Conclusões Quanto à Constitucionalidade da Decisão	59
CONCLUSÃO	65
REFERÊNCIAS	69

INTRODUÇÃO

A presente monografia terá como delimitação temática o estudo sobre a liberdade de expressão tal como compreendida no caso Ellwanger (STF, HC 82.424/RS) e sua discussão sobre a ideia de *hate speech*.

O problema principal será o questionamento se a decisão do caso Ellwanger foi constitucionalmente adequada. Ao longo da pesquisa concluiremos que sim, a decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal no caso Ellwanger está de acordo com os preceitos da Constituição Federal brasileira. Fundamentada na gravidade do crime de racismo e no caráter relativo e passível de ponderação e restrição dos direitos fundamentais, a decisão proferida pelo Plenário da Corte empresta prevalência aos princípios da dignidade humana e da igualdade jurídica, afirmando ainda que a liberdade de expressão não pode servir de salvo-conduto a condutas tipificadas como penalmente ilícitas.

Além disso, haverá outros desdobramentos do problema principal, a fim de desenvolver algumas respostas ao longo da pesquisa.

Inicialmente, o primeiro desdobramento seria em relação à possibilidade do discurso de ódio (*hate speech*) ser suscetível de restrições por parte do Estado (Poder Judiciário), e o que pode se observar é que sim, o referido discurso é passível de restrições. Essa resposta parte, principalmente, da premissa de que, como regra, nenhum direito fundamental é absoluto¹ devendo ser restringido quando atentar contra outros direitos fundamentais resguardados pela nossa Carta Política.

Ainda nesse âmbito do *hate speech*, em relação a sua restrição, uma manifestação que não é capaz de gerar violência por si – ao menos não restou demonstrado um nexo de causalidade entre o discurso e uma possível violência –, é passível de ser restrita, visto que uma manifestação odiosa não pressupõe o resultado violência para ofender a dignidade da vítima, fazendo prevalecer o princípio da dignidade da pessoa humana. O discurso de ódio, *de per se*, pela sua própria essência, é passível de restrição por parte do Estado.

¹ As raras exceções de direitos fundamentais considerados como absolutos são, por exemplo, o direito a não ser submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante.

Outro ponto é relacionado à aplicação do princípio da harmonização (concordância prática) em casos de direitos constitucionalmente protegidos, tendo em foco as especificidades do Caso Ellwanger – HC 82.424/RS. O referido princípio tem como mandamento de que na aplicação do direito ao caso concreto deve ser buscado o máximo aproveitamento de todos os direitos fundamentais conflitantes e evitando a todo custo a supressão completa de qualquer um deles. Vislumbra-se que, no caso *in oculi*, a decisão proferida acolheu o interesse da comunidade judaica como um todo. Desta forma, o perdedor – o particular com interesse em publicar sua obra – teve sua pretensão completamente suprimida, não havendo de se falar na aplicação do princípio da concordância prática.

O desdobramento seguinte é em relação aos limites de um direito fundamental, mais especificamente o da liberdade de expressão, e de que forma eles devem (podem) ser delineados. E concluiremos que o limite de um direito fundamental encontra-se no momento em que este entra em conflito com outro igualmente protegido. O caminho dessa limitação será atingido a partir da interpretação constitucional com a aplicação de princípios como o da ponderação.

E, como último desdobramento do problema principal, resta o questionamento das situações em que o direito individual se sobrepõe ao coletivo. Porém, o presente caso não está inserido em uma dessas possibilidades. O que ocorre é exatamente o contrário, o direito coletivo, caracterizado pelo interesse da sociedade judaica como um todo, se sobrepõe ao interesse do particular.

Além disso, podemos observar que em uma sociedade plural e complexa como a que vivemos é inevitável que ocorram conflitos e manifestações de interesses opostos. O exercício de liberdades fundamentais, no caso a liberdade de expressão, pode ocorrer em confronto com outra liberdade ou direito constitucional fundamental, tornando a busca de instrumentos e técnicas que componham esses conflitos em uma necessidade eternamente atual.

É de se notar que a circunstância de o precedente ter solucionado a questão, ao nosso ver, da forma mais adequada possível, não inviabiliza as discussões acadêmicas e os estudos em busca de um reforço teórico que nos ofereça novos instrumentos ou o fortalecimento das antigas técnicas, já prevendo futuros conflitos da

mesma natureza e até de natureza diversa. O HC 82.424/RS se apresenta como paradigma na discussão sobre a importância, proteção e restrição da liberdade de expressão.

A liberdade de expressão se reveste de especial relevo, tanto na perspectiva do indivíduo quanto na perspectiva da sociedade, de um Estado Democrático. Quanto ao indivíduo, afirma-se que ele tem forte necessidade de viver em sociedade, de exteriorizar seu pensamento e de perceber o do seu próximo², é parte da sua essência, ilustrando assim a importância dessa liberdade para o ser humano; no que respeita ao Estado nota-se que o bom funcionamento de um regime democrático depende, diretamente, do exercício da liberdade de expressão pelos cidadãos, no dizer de Paulo Gonet, “o pluralismo de opiniões é vital para a formação da vontade livre”³. A possibilidade de se manifestar, de exteriorizar o pensamento pelas mais diversas formas, é inerente não apenas à ideia de uma sociedade democrática, mas também ao ser humano.

Indiscutivelmente demonstrada a importância da liberdade de expressão para o nosso contexto, é necessário – e nisso, o estudo desse precedente tem muito a acrescentar – delimitar precisamente quais outros interesses podem se contrapor, e em que medida o podem, à liberdade de expressão.

Por fim, lembramos que a restrição à liberdade da publicação da obra – *Holocausto Judeu ou Alemão? – nos bastidores da Mentira do Século* – partiu da premissa de que, em conflito com o princípio da igualdade jurídica e da dignidade da pessoa humana, prevalecem estes.

² SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 241.

³ MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. GONET BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 360.

1. TEORIA GERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

1.1 Breve Evolução Histórica

Inicialmente, cumpre identificar que as primeiras fontes de inspiração que fizeram surgir os direitos fundamentais são o pensamento cristão (cristianismo) e o direito natural (jusnaturalismo). Porém, não são as únicas, surgindo ao longo do tempo outras fontes que puderam de certa forma influenciar as declarações de direitos⁴.

José Afonso da Silva, afirma que não houve de fato uma inspiração, mas sim reivindicações em busca da declaração de direitos, e com o passar do tempo, surgiram condições sociais da época que propiciaram tais reivindicações. Condições estas reais ou históricas devido a uma sociedade tendente a evoluir e progredir contraposta a um regime repressivo e pouco contribuinte ao desenvolvimento econômico e cultural da sociedade; e também condições subjetivas, como o pensamento cristão que se baseava na liberdade do homem, a doutrina do direito natural dos séculos XVII e XVIII, que tinha o racionalismo como base, e o pensamento iluminista que também tem como alicerce a liberdade⁵.

Surgiram outros direitos fundamentais devido às mudanças históricas que aconteceram, necessário, pois, o despertar dos direitos econômicos e sociais, como se verifica na seguinte passagem, *in verbis*:

Todos esses fundamentos foram sendo superados pelo processo histórico-dialético das condições econômicas, que deram nascimento a novas relações objetivas com o desenvolvimento industrial e o aparecimento de um proletariado amplo sujeito ao domínio da burguesia capitalista. Essas novas condições materiais da sociedade teriam que fundamentar a origem de outros direitos fundamentais – *os direitos econômicos e sociais* [...].⁶

Com isso, surgiram também, novas fontes de inspiração, quais sejam, o Manifesto Comunista e as doutrinas marxistas fundadas na igualdade e liberdade, a

⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 34 ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p 172.

⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 34 ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p 173-174.

⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 34 ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p 174.

doutrina social da Igreja, que pleiteava uma ordem social mais justa, e o intervencionismo estatal com o objetivo de resguardar os direitos dos menos favorecidos na sociedade, intervindo no âmbito econômico e social ⁷.

A tarefa de conceituar direitos fundamentais de forma clara, mostra-se complicada diante da vasta terminologia que a cerca. Dessa forma, faz-se necessário demonstrar as diversas formas que a nomeiam.

Um dos termos utilizados é o de direitos naturais, como algo intimamente ligado à natureza humana, porém não é mais recebido com leviandade, por serem de fato direitos positivos que se adaptam a cada momento histórico. Outra forma muito usada é a de direitos humanos, todavia é rejeitada, como ensina José Afonso da Silva, porque “não há direito que não seja humano ou do homem, afirmando-se que só o ser humano pode ser titular de direitos.”, além disso, os animais também possuem direitos que os resguardam ⁸.

Direitos individuais, apesar de gradativamente vir deixando de ser admitida, é utilizada pela nossa Carta Política para referir-se aos direitos fundamentais relativos à vida, à igualdade, à liberdade, à segurança e à propriedade. Direitos públicos subjetivos, como também, liberdades fundamentais e liberdades públicas, são conceitos insuficientes, limitativos e incompatíveis com a real dimensão dos direitos fundamentais, pois passam a ideia de serem prescritíveis (subjetivos) e restritos (públicos) em relação ao seu alcance ⁹.

Ainda em relação ao conceito, a terminologia que aparenta ser a mais adequada é a de direitos fundamentais do homem, visto que se fundamenta na “soberania popular”, esta limita o poder estatal e aponta o alcance de sua atividade, como ilustra o autor, *ipsis litteris*:

Direitos fundamentais do homem constitui a expressão mais adequada a este estudo, porque, além de referir-se a princípios que resumem a

⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 34 ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p 175.

⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 34 ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p 176.

⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 34 ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p 176-177.

concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, *no nível do direito positivo*, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. No qualificativo *fundamentais* acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais do *homem* no sentido de que todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados. Do *homem*, não como o macho da espécie, mas no sentido de *pessoa humanai*. *Direitos fundamentais do homem* significa *direitos fundamentais da pessoa humana* ou *direitos fundamentais*. É com esse conteúdo que a expressão *direitos fundamentais* encabeça o Título II da Constituição, que se completa, como *direitos fundamentais da pessoa humana*, expressamente, no art. 17.¹⁰

Cumprе ressaltar, que a natureza dos direitos fundamentais é constitucional, ou seja, são normas positivas constitucionais, que estão alcançando a dimensão internacional de forma cada vez mais firme. Sua eficácia e aplicabilidade, segundo a Constituição Federal, são imediatas, e quanto mais amplas forem, melhor contribuirá para a democracia e para o exercício de tais direitos¹¹.

Os direitos fundamentais têm como características a historicidade, devido a sua evolução no tempo desde seu surgimento, rejeitando de certa forma qualquer argumentação jusnaturalista, a inalienabilidade por serem intransferíveis e inegociáveis, a imprescritibilidade, pois se perpetuam pelo tempo, e a irrenunciabilidade, visto que não podem ser renunciados de qualquer maneira¹².

1.2 Dimensões dos Direitos Fundamentais

Os direitos fundamentais, no decorrer de sua evolução histórica sofrida ao longo do tempo, foram doutrinariamente divididos em dimensões. A doutrina majoritária entende haver apenas 03 (três) dimensões de direitos fundamentais, ao passo que a minoritária propõe a existência de uma quarta, quinta e sexta dimensões¹³.

¹⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 34 ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p 178.

¹¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 34 ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p 180.

¹² SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 34 ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p 181.

¹³ WOLFGANG SARLET, Ingo. **Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**, 2 ed., Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010, p. 45.

A terminologia “dimensões” é usada por alguns como “gerações”. Porém, como bem ressalta Ingo Sarlet, há de se criticar este último termo, pois se faz entender que os direitos fundamentais, alternando-se entre eles, se substituem gradualmente de uma geração para a seguinte, o que é, pelo raciocínio do citado constitucionalista, equivocado. O termo “dimensões” parece ser o mais correto/adequado, visto que os referidos direitos se encontram em contínuo processo de expansão, complementaridade e fortalecimento ¹⁴.

Desta forma, prossegue, *in verbis*:

Assim sendo, a teoria dimensional dos direitos fundamentais não aponta, tão-somente, para o caráter cumulativo do processo evolutivo e para a natureza complementar de todos os direitos fundamentais, mas afirma, para além disso, sua unidade e indivisibilidade no contexto do direito constitucional interno e, de modo especial, na esfera do moderno “Direito Internacional dos Direitos Humanos.”¹⁵

A primeira dimensão dos direitos fundamentais garante ao indivíduo sua autonomia frente ao poder de intervenção estatal, sendo, desta forma, direitos de cunho negativo, em que o Estado deve se abster de intervir na esfera dos direitos individuais do cidadão. Tais direitos de defesa, ou seja, de resistência ou oposição perante o Estado, são os direitos civis e políticos e têm como exemplos os direitos à vida, à liberdade – que engloba a liberdade de expressão, objeto de estudo da presente pesquisa –, à propriedade e à igualdade perante a lei ¹⁶.

Já a segunda dimensão engloba os direitos econômicos, sociais e culturais. O que se percebe é que, diferentemente dos direitos fundamentais de primeira geração, que demandam o afastamento do Estado – caráter negativo –, os de segunda geração exigem do Estado uma posição ativa na busca da concretização desses direitos fundamentais. Assim, nas palavras de Sarlet, “Não se cuida mais, portanto, de liberdade do e perante o Estado, e sim de liberdade por intermédio do Estado”. À guisa de

¹⁴ WOLFGANG SARLET, Ingo. **Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional, 2 ed., Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010, p. 45.

¹⁵ WOLFGANG SARLET, Ingo. **Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional, 2 ed., Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010, p. 46.

¹⁶ WOLFGANG SARLET, Ingo. **Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional, 2 ed., Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010, p. 46-47.

exemplo, pode se observar os direitos à assistência social, à saúde, à educação, ao trabalho, dentre outros ¹⁷.

Por fim, os direitos de solidariedade e fraternidade da terceira dimensão, que visam proteger não o indivíduo individualmente falando, mas sim a coletividade, por isso são conhecidos como direitos difusos ou coletivos – tal titularidade muitas vezes indeterminada e indefinida. Dentre os exemplos mais indicados estão os direitos à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à qualidade de vida, à comunicação, etc. ¹⁸.

É de se destacar ainda que, diferentemente das duas primeiras dimensões, a maior parte dos direitos fundamentais de terceira dimensão não encontraram posituação no texto constitucional brasileiro, tendo seu reconhecimento no direito internacional, por meio de tratados e outros documentos transnacionais assinados pelos Estados¹⁹.

1.3 Limitações e Garantias dos Direitos Fundamentais

Prima facie, cumpre destacar que o âmbito de proteção de determinado direito fundamental é o fenômeno que garante a proteção contra qualquer tipo de agressão que venha a sofrer, impedindo que essa norma garantida constitucionalmente venha a ser violada ou ofendida de determinada forma ²⁰.

A respeito da amplitude desse âmbito de proteção, ensina Paulo Gonet, *in verbis*:

Quanto mais amplo for o *âmbito de proteção* de um direito fundamental, tanto mais se afigura possível qualificar qualquer ato do Estado como *restrição*. Ao revés, quanto mais restrito for o *âmbito de*

¹⁷ WOLFGANG SARLET, Ingo. **Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional, 2 ed., Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010, p. 48.

¹⁸ WOLFGANG SARLET, Ingo. **Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional, 2 ed., Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010, p. 48-49.

¹⁹ WOLFGANG SARLET, Ingo. **Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional, 2 ed., Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010, p. 49.

²⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**, 2 ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 294-295.

proteção, menor possibilidade existe para a configuração de um conflito entre Estado e o indivíduo.²¹

Para analisar as restrições dos direitos individuais é necessário que o âmbito de proteção seja devidamente determinado. Assim, deve-se verificar a norma constitucional que assegura tais direitos, visto que tem por objetivo identificar os bens jurídicos resguardados e a amplitude dessa proteção, além de suas restrições²².

A Constituição Federal elenca expressamente em seus dispositivos diversas formas de restrições a direitos, como por exemplo, “nos termos da lei” ou “salvo nas hipóteses previstas em lei”, limitando de certa maneira seu âmbito de proteção. Esses dispositivos que possuem a restrição inserida no próprio texto têm sua garantia no chamado âmbito de proteção estritamente normativo, por estarem expostos de forma expressa na Carta Política brasileira²³.

Nesse sentido, o legislador deve definir o conteúdo do direito regulado, havendo, desta forma, a concretização ou a conformação, e não a restrição. Porém, não quer dizer que o legislador tem livre disposição em relação à matéria, ele deve preservar tais garantias²⁴.

É o que pode se verificar no seguinte excerto do texto, *ipsis litteris*:

“Correlato a esse *dever de preservar* imposto ao legislador pode-se identificar, também, um *dever de legislar*, isto é, o dever de conferir conteúdo e efetividade aos direitos constitucionais com âmbito de proteção estritamente normativo.”²⁵

Antes de observar a possibilidade de limitação do direito à liberdade de expressão, deve-se, a fim de delinear teoricamente essa liberdade fundamental,

²¹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**, 2 ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 295.

²² MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**, 2 ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 296.

²³ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**, 2 ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 296-298.

²⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**, 2 ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 298-299.

²⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**, 2 ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 299.

lembrar que ela se enquadra nos direitos de defesa, os chamados direitos de primeira geração²⁶. Essa classe de direitos pressupõe um afastamento da interferência do Estado na esfera da liberdade pessoal e de propriedade de cada cidadão.

O Estado não está, em regra, autorizado a interferir no direito de manifestação dos cidadãos. Essa interferência somente poderá ocorrer em situações específicas, onde fique definitivamente comprovado que o exercício dessa liberdade acaba por agredir outro direito de igual estatura – a exemplo da dignidade da pessoa humana dos judeus, como ocorreu no caso Ellwanger. E nesse sentido, a proteção do exercício da liberdade de expressão está intimamente ligada ao conteúdo veiculado por essa mensagem; a saber, se esse conteúdo é capaz de violar outro interesse constitucional.

Parte-se agora para o estudo das restrições a direitos fundamentais, em que se irão verificar os tipos de limitações e de reserva legal, além de analisar tais direitos que não tem previsão expressa de reserva legal.

A existência de restrições à direitos individuais demonstra que estes não são absolutos e que devem ser limitados quando em conflito com outros direitos da mesma estatura. Para Paulo Gonet existem dois tipos de restrições, a imediata e a mediata, conforme seu entendimento a seguir exposto:

Os direitos individuais enquanto direitos de hierarquia constitucional somente podem ser limitados por expressa disposição constitucional (*restrição imediata*) ou mediante lei ordinária promulgada com fundamento imediato na própria Constituição (*restrição mediata*).²⁷

Devem ser consideradas cláusulas de restrição de direito, tanto as impostas pelo legislador com apoio na Constituição (restrição legal), quanto à expressamente determinadas pelo texto constitucional²⁸.

²⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. pp. 168-170.

²⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**, 2 ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 302.

²⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**, 2 ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 303.

Desta forma, há diversos tipos no princípio da reserva legal que aponta que cabe única e exclusivamente ao Legislativo Federal à competência de, mediante lei, impor restrições aos direitos fundamentais. A seguir, as palavras do autor sobre as questões mais importantes a respeito da reserva legal:

A questão da reserva legal envolve aspectos formais, relacionados com a competência para o estabelecimento de restrição, o processo e a forma de realização, e com aspectos materiais, referentes ao exercício dessa competência, principalmente no que concerne às condições das reservas qualificadas, aos limites estabelecidos pelo princípio da proteção do núcleo essencial, à aplicação do princípio da proporcionalidade e, com ele, do princípio da ponderação.²⁹

A reserva legal simples ou de simples restrição legal exige apenas que esta limitação ao direito fundamental esteja previamente estabelecida em lei. Exemplos de dispositivos que ilustram essa espécie de reserva são os incisos VI, XV, XXVI, XXIX e XLV, do art. 5º da Constituição Federal³⁰.

Além da reserva legal simples, há a chamada reserva legal qualificada que, segundo as palavras de Paulo Gonet:

Tem-se uma *reserva legal* ou *restrição legal qualificada* quando a Constituição não se limita a exigir que eventual restrição ao âmbito de proteção de determinado direito seja prevista em lei, estabelecendo, também, as condições especiais, os fins a serem perseguidos ou os meios a serem utilizados.³¹

Um típico caso de restrição qualificada é a norma que regula a instituição do tribunal do júri (art. 5º, inciso XXXVIII, CF), tendo em vista que aponta os meios e os fins que devem ser atingidos pelo tribunal popular. Destarte, “a atuação conformadora/limitadora do legislador deverá ficar restrita aos conteúdos e aos fins enunciados pelo constituinte.”³²

²⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**, 2 ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 305.

³⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**, 2 ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 307.

³¹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**, 2 ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 309.

³² MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**, 2 ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 311.

Em situações em que os direitos fundamentais não possuam expressa previsão de reserva legal, a nossa Carta Magna não prevê, de forma expressa, a possibilidade de intervenção do Legislativo. Porém, nessas situações, o legislador deve estar adstrito aos termos contidos do dispositivo e deve limitá-la com base em norma constitucional.³³

Após realizar uma breve análise a respeito das limitações dos direitos fundamentais, parte-se para as suas garantias constitucionalmente protegidas, como se verá a seguir.

É extremamente interessante destacar as garantias dos direitos, que buscam assegurar à sociedade o exercício de cada direito fundamental, e, além disso, a própria Constituição os assegura através de tais garantias³⁴.

As garantias dos direitos fundamentais são divididas em dois grupos, as gerais que visam afirmar a existência e a eficácia social dos mencionados direitos, e as constitucionais resguardadas pela própria Carta Magna. Estas por sua vez se subdividem em garantias constitucionais gerais que controlam a influência recíproca dos poderes e seu arbítrio, e especiais que restringem o poder dos órgãos estatais e particulares, preservando os referidos direitos em todo seu alcance³⁵.

Esse é o entendimento exarado por José Afonso da Silva no seguinte trecho:

*As garantias constitucionais em conjunto caracterizam-se como imposições, positivas ou negativas, aos órgãos do Poder Público, limitativas de sua conduta, para assegurar a observância ou, no caso de violação, a reintegração dos direitos fundamentais.*³⁶

³³ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**, 2 ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 313-314.

³⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 34 ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p 186.

³⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 34 ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p 188.

³⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 34 ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p 189.

Assim, podemos concluir que as garantias constitucionais são os meios utilizados para proteger e resguardar os direitos fundamentais, fazendo com que tenham validade e que todo cidadão possa exercê-los em sociedade.

1.4 A Constituição Federal e os Direitos Fundamentais

A Carta Política brasileira possui íntima ligação com os direitos fundamentais, visto que estes, em sua grande maioria, estão inseridos naquela nos Títulos I e II, “Dos Princípios Fundamentais” e “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”³⁷, respectivamente, bem como em outros dispositivos. Além disso, são todos constitucionalmente protegidos.

A Carta Magna possui diversas características, dentre elas a analítica que se deve ao fato de estar inserida em seu texto, uma grande quantidade de dispositivos constitucionais. Já o fato dos direitos fundamentais abrangerem diversos direitos, a exemplo dos sociais, clássicos, políticos, os de liberdade entre outros, configura seu pluralismo. Como última forma de definição, há o cunho programático, devido ao fato de conter dispositivos de ordem programática ou imposições ao legislador³⁸.

Dentre os aspectos inovadores concernentes aos direitos fundamentais, cumpre ressaltar a sua positivação no início da Carta Política brasileira, demonstrando, desta forma, sua relevância na esfera constitucional e jurídica. Outra importante criação, se não a mais relevante, definida por Ingo Sarlet, é a aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, conforme disposto no art. 5º, § 1º, da CF, além do aumento dos direitos tutelados, resultado da ampliação dos direitos fundamentais, dentre outras inovações³⁹.

³⁷ CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 24/05/2012, 15:21hrs.

³⁸ WOLFGANG SARLET, Ingo. **Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional, 2 ed., Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010, p. 64-65.

³⁹ WOLFGANG SARLET, Ingo. **Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional, 2 ed., Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010, p. 66- 67.

Porém, a Constituição é passível de críticas, visto que se percebe a dificuldade em delimitar quais são de fato os direitos fundamentais sociais, a falta de sistematização e de uma previsão a respeito das restrições aos direitos fundamentais, além da amplitude do catálogo, são algumas das fraquezas da nova Carta ⁴⁰.

Como pode se verificar do seguinte excerto:

A falta de rigor científico e de uma técnica legislativa adequada, de modo especial no que diz com a terminologia utilizada, pode ser apontada como uma das principais fraquezas do catálogo dos direitos fundamentais em nossa Constituição, revelando contradições, ausência de tratamento lógico na matéria e ensejando problemas de ordem hermenêutica.⁴¹

O fundamento norteador da ideia de que os direitos fundamentais constituem um sistema integrado, flexível e aberto na nossa Carta Magna, além de ser dependente desta, foi o de que tais direitos são, concretizações do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, mesmo essa vinculação sendo distinta entre todos esses direitos. O referido sistema é protegido pelo princípio da preservação do núcleo essencial e pelas cláusulas pétreas ⁴².

Destarte, a respeito da sistematização dos direitos fundamentais na Constituição de 1988, pode-se fixar o seguinte entendimento:

Com base no exposto, verifica-se que, além de no mínimo uma relativa unidade de conteúdo (ou, se quisermos, do reconhecimento de certos elementos comuns), o princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, bem como sua proteção reforçada contra a ação erosiva do legislador, podem ser considerados elementos identificadores da existência de um sistema de direitos fundamentais também no direito constitucional pátrio, caracterizado por sua abertura e autonomia relativa no âmbito do próprio sistema constitucional que integra.⁴³

⁴⁰ WOLFGANG SARLET, Ingo. **Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional, 2 ed., Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010, p. 68-69.

⁴¹ WOLFGANG SARLET, Ingo. **Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional, 2 ed., Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010, p. 68.

⁴² WOLFGANG SARLET, Ingo. **Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional, 2 ed., Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010, p. 70-72.

⁴³ WOLFGANG SARLET, Ingo. **Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos

Por fim, a análise da “fundamentalidade” formal e material dos direitos fundamentais da Constituição é de grande importância para a conclusão do presente tópico, visto que a fundamentalidade está inserida na noção de direitos fundamentais, e como ensina a doutrina de Canotilho, enfoca na dignidade e proteção aos direitos em ambos os sentidos ⁴⁴.

O aspecto formal da “fundamentalidade” é no sentido daqueles direitos fundamentais reconhecidos e positivados na Constituição. Enquanto a “fundamentalidade” material engloba tanto os direitos fundamentais inseridos na Carta Magna quanto os fora de seu texto, a respeito dos pilares do Estado e da sociedade ⁴⁵.

Ingo Sarlet lembra também a proposta de Ferrajoli a respeito da definição de direitos fundamentais sob a ótica universal, em que seus efeitos devem atingir todos os seres humanos, é de difícil interpretação, pois, apesar de existirem de fato direitos fundamentais universais, como a vida, a liberdade, a igualdade e o princípio da dignidade da pessoa humana, a concepção de direito fundamental diverge de um Estado a outro ⁴⁶.

Conclui-se, então, que para determinar os direitos fundamentais sob o aspecto geral e universal, o sistema deve ser flexível o bastante para se atualizar e receber novas propostas sob o prisma do direito constitucional positivo, como se percebe no seguinte trecho de Ingo Sarlet:⁴⁷

Direitos fundamentais são, portanto, todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da

fundamentais na perspectiva constitucional, 2 ed., Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010, p. 73.

⁴⁴ J. J. Gomes Canotilho, **Direito Constitucional**, p. 509 apud WOLFGANG SARLET, Ingo. **Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional, 2 ed., Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010, p. 74.

⁴⁵ WOLFGANG SARLET, Ingo. **Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional, 2 ed., Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010, p. 74-75.

⁴⁶ Cf. Luigi Ferrajoli, **Derechos y Garantías**: La ley del más débil, p. 37 e ss. apud WOLFGANG SARLET, Ingo. **Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional, 2 ed., Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010, p. 75.

⁴⁷ WOLFGANG SARLET, Ingo. **Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional, 2 ed., Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010, p. 76.

Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura material do Catálogo).⁴⁸

Diante do que foi exposto pode se observar que, como afirma Robert Alexy, a Constituição Federal não é mais apenas um quadro para o processo democrático de formação de vontade. Torna-se a fundação da comunidade⁴⁹.

1.5 Estado Democrático e Social de Direito e os Direitos Fundamentais

É inquestionável a forte ligação que os direitos fundamentais possuem com a Constituição e com o Estado Democrático e Social de Direito, visto que apenas em um Estado submetido às normas constitucionais é que os referidos direitos almejavam eficácia, a fim de preservar a segurança de cada indivíduo e de garantir suas liberdades fundamentais. Essa vinculação é exteriorizada, também, pelo fato dos direitos fundamentais serem o pilar de um Estado condicionado e limitado pela Constituição⁵⁰.

A referida relação íntima entre Estado de Democrático e Social de Direito e as garantias fundamentais, demonstra uma dependência recíproca entre esses conceitos, pois o primeiro, para caracterizar-se como tal, deve trazer consigo tais direitos, e estes, para sua realização, dependem do reconhecimento e da garantia daquele⁵¹.

A Constituição e o poder constituinte se transformaram em uma “reserva de justiça”, a partir da positivação de alguns princípios e direitos fundamentais,

⁴⁸ WOLFGANG SARLET, Ingo. **Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional, 2 ed., Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010, p. 77.

⁴⁹ ALEXY, Robert. **On Constitutional Rights to Protection**. *Legisprudence*, Volume 3, Number 1, 2009, p. 2.

⁵⁰ WOLFGANG SARLET, Ingo. **Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional, 2 ed., Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010, p. 58-59.

⁵¹ Cf. A. E. Pérez Luño, *Los Derechos Fundamentales*, p. 19 apud WOLFGANG SARLET, Ingo. **Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional, 2 ed., Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010, p. 60.

onde estes, além de meios de defesa da liberdade individual, passam a integrar um sistema axiológico no ordenamento jurídico⁵².

Os direitos fundamentais, inseridos em um regime democrático de direito, podem (devem) ser vistos como contraponto a uma ideia reducionista da democracia como governo da maioria. Os direitos fundamentais viriam, nesse sentido, a proteger as minorias contra eventuais arbitrariedades, garantindo a liberdade participativa e autônoma de todo cidadão⁵³.

Cumprе ressaltar, ademais, o vínculo entre os direitos fundamentais e o Estado Social de Direito, devido ao fato da nossa Constituição abrigar inúmeros direitos fundamentais sociais, sendo estes, indispensáveis na reflexão do ideal das liberdades e garantias de igualdade que estão intimamente ligados ao conceito de democracia e Estado de Direito.⁵⁴

Ante os ensinamentos de Ingo Sarlet, conclui-se, *in verbis*:

Com base nas idéias aqui apenas pontualmente lançadas e sumariamente desenvolvidas, há como sustentar que, além da íntima vinculação entre as noções de Estado de Direito, Constituição e direitos fundamentais, estes, sob o aspecto de concretizações do princípio da dignidade da pessoa humana, bem como dos valores de igualdade, liberdade e justiça, constituem condição de existência e medida da legitimidade de um autêntico Estado Democrático e Social de Direito, tal qual como consagrado também em nosso direito constitucional positivo vigente.⁵⁵

1.6 Breves Noções Sobre a Interpretação Constitucional

⁵² Cf. J. J. Gomes Canotilho, **Direito Constitucional**, p. 115 apud WOLFGANG SARLET, Ingo. **Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional, 2 ed., Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010, p. 60.

⁵³ WOLFGANG SARLET, Ingo. **Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional, 2 ed., Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010, p. 61.

⁵⁴ WOLFGANG SARLET, Ingo. **Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional, 2 ed., Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010, p. 62.

⁵⁵ WOLFGANG SARLET, Ingo. **Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional, 2 ed., Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010, p. 62.

A interpretação constitucional está norteada pelo conjunto de diversos métodos e princípios, e é utilizada, dentre outros fins, para solucionar da melhor maneira, conflitos entre normas igualmente protegidas pela Constituição.

A hermenêutica constitucional tem caráter unitário, visto que seus conjuntos de métodos desenvolvidos pela doutrina e pela jurisprudência, apesar de diferentes, se complementam e interagem uns com os outros. Desta forma, gera um problema para os intérpretes e aplicadores da Lei Maior, pois, apesar dessa diversidade de métodos, não há um critério específico a ser utilizado para cada caso concreto, utilizando-se, então, da intuição para definir qual método ou princípio escolher ⁵⁶.

Porém, muitos autores entendem que esse pluralismo de técnicas interpretativas não é um problema para a hermenêutica constitucional, mas sim um extenso conhecimento para facilitar a aplicação do direito ⁵⁷.

A seguir, será feita uma análise específica sobre cada método de interpretação constitucional, iniciando pelo método jurídico ou hermenêutico-clássico, segundo o qual a Constituição é uma lei e dever ser interpretada por meio de regras clássicas, pois a norma já possui um sentido em si. Segundo Inocêncio Mártires Coelho, “a tarefa do intérprete, enquanto aplicador do direito, resume-se em descobrir o verdadeiro significado das normas e guiar-se por ele na sua aplicação.” ⁵⁸

Para o método tópico-problemático a Carta Política brasileira é um sistema aberto de regras e princípios que admite diversas interpretações. Para esse método as regras clássicas não são suficientes para resolver os problemas em relação à hermenêutica, e que o processo tópico orientado ao problema é que irá suprir a insuficiência dessas normas tradicionais ⁵⁹.

⁵⁶ COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional*, 3 ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 79-80.

⁵⁷ COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional*, 3 ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 81.

⁵⁸ COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional*, 3 ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 82-83.

⁵⁹ COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional*, 3 ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 84.

De acordo com o método hermenêutico-concretizador a leitura de um texto normativo se inicia pela prévia compreensão do intérprete, e este irá concretizar a norma, além de resolver determinado problema com base na Constituição⁶⁰.

O método científico-espiritual tem a Lei Fundamental como instrumento de integração, tanto no sentido jurídico-formal como na perspectiva política e sociológica, a fim de resolver conflitos e servir como instrumento de construção e preservação da unidade social⁶¹.

Como pode se verificar do seguinte excerto:

Em síntese, para os adeptos do método científico-espiritual – que é o das ciências da cultura, em geral –, tanto o direito quando o Estado e a Constituição são vistos como fenômenos *culturais* ou fatos referidos a valores, a cuja realização eles servem de instrumento. Dentre tais valores emerge a *integração* com fim supremo, a ser buscado por toda a comunidade, ainda que, ao limite, como advertem os seus críticos, esse integracionismo absoluto possa degradar o indivíduo à triste condição de simples peça – indiferenciada e sem relevo – da gigantesca engrenagem social.⁶²

Para o método normativo-estruturante a normatividade deve buscar, fora do ordenamento jurídico, facetas administrativas, legislativas e jurisdicionais do direito constitucional, a fim de solucionar cada caso concreto. Desta forma, entende-se que a norma não se restringe ao texto. Esse entendimento, Inocêncio retira dos ensinamentos de Heidegger e Gadamer, além de Friedrich Müller⁶³.

A última dessas maneiras de interpretação é o método da comparação constitucional baseado no direito comparado, segundo o qual os comparatistas de dois ou mais direitos nacionais devem se utilizar dos mesmos métodos de hermenêutica que são usados pelos constitucionalistas em geral⁶⁴.

⁶⁰ COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional*, 3 ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 87.

⁶¹ COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional*, 3 ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 88-89.

⁶² COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional*, 3 ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 91.

⁶³ COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional*, 3 ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 92.

⁶⁴ COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional*, 3 ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 95.

A partir da conclusão dos tipos de métodos de interpretação constitucional, parte-se para a análise dos princípios que, assim como os métodos, devem ser aplicados conjuntamente⁶⁵.

Os princípios não possuem caráter normativo, não sendo desta forma, obrigatórios, mas apenas para serem seguidos como ponto de vista interpretativo⁶⁶.

Ante os ensinamentos de Inocêncio Mártires Coelho, *in verbis*:

Quanto à sua formação dogmática, deve-se dizer que, embora se apresente como enunciados lógicos e, nessa condição, pareçam *anteriores* aos problemas hermenêuticos que, *afinal*, ajudam a resolver, em verdade e quase sempre, os princípios da interpretação funcionam como *fórmulas persuasivas*, das quais se valem os aplicadores do direito para justificar *pré-decisões* que, mesmo *necessárias* ou *convenientes*, sem o apoio desses cânones interpretativos se mostrariam arbitrárias ou desprovidas de fundamento.⁶⁷

A disposição do conjunto de métodos e princípios proporciona ao juiz uma ampla liberdade, que o possibilita antecipar as decisões e somente depois fundamentar os argumentos utilizados em seu julgamento⁶⁸.

O ordenamento jurídico deve ser compreendido de forma una, além de ser operativo e coerente, desta forma, pode-se entender que as normas constitucionais abrangem todas as relações sociais, são vigentes e operativas, e não ocorrem conflitos reais entre elas, mas apenas conflitos aparentes⁶⁹.

Depois dessa noção introdutória, passa-se à análise dos princípios de interpretação constitucional, que, como explicado anteriormente, devem ser aplicados de forma conjunta.

O primeiro dos referidos preceitos fundamentais que serão analisados é o da unidade da Constituição, que serve de base e fundamento a todos os outros

⁶⁵ COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional*, 3 ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 96.

⁶⁶ COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional*, 3 ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 97.

⁶⁷ COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional*, 3 ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 97-98.

⁶⁸ COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional*, 3 ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 98.

⁶⁹ COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional*, 3 ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 99-100.

princípios e com estes está intimamente ligado. É o que se extrai do seguinte trecho da doutrina em estudo:

Segundo essa regra de interpretação, as normas constitucionais devem ser vistas não como normas isoladas, mas como preceitos integrados num sistema unitário de regras e princípios, que é instituído na e pela própria Constituição. Em consequência, a Constituição só pode ser compreendida e interpretada corretamente se nós a entendermos como unidade, do que resulta, por outro lado, que em nenhuma hipótese devemos separar uma norma do conjunto em que ela se integra, até porque – relembre-se o *círculo hermenêutico* – o sentido da parte e o sentido do todo são interdependentes.⁷⁰

Outro princípio é o da concordância prática ou da harmonização, segundo o qual em situações que envolvam conflitos entre bem ou valores constitucionalmente protegidos, deve-se conciliá-los a ponto de buscar a sua valoração sem a consequente negação de ambos⁷¹.

O princípio da correção funcional busca orientar os intérpretes e aplicadores da Carta Política, em casos da solução de determinado conflito, ao alcançarem o almejado resultado não ofendam o esquema organizatório-funcional estabelecido pela Constituição⁷².

Segundo o princípio da eficácia integradora ao solucionar as contrariedades jurídico-constitucionais deve-se buscar os meios e argumentos que venham a proporcionar a devida integração social e a unidade política⁷³.

Para o princípio da força normativa da Constituição, quando os aplicadores da Lei Fundamental vierem a resolver os embates relacionados com as normas e valores constitucionais, busquem a solução que venha a conferir-lhes maior eficácia⁷⁴.

De acordo com os ensinamentos do professor Inocêncio, o princípio da máxima efetividade segue o seguinte entendimento:

⁷⁰ COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional*, 3 ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 101.

⁷¹ COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional*, 3 ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 102.

⁷² COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional*, 3 ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 104.

⁷³ COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional*, 3 ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 105.

⁷⁴ COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional*, 3 ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 106.

Estreitamente vinculado ao princípio da força normativa da Constituição, em relação ao qual configura um subprincípio, o cânone hermenêutico-constitucional da *máxima efetividade* orienta os aplicadores da Lei Maior para que interpretem as suas normas em ordem a otimizar-lhes a eficácia, mas sem alterar o seu conteúdo.⁷⁵

Segundo o princípio da interpretação conforme a Constituição os intérpretes e aplicadores da Lei devem comportar-se como legisladores negativos, anulando as leis contrárias à Carta Magna. Observando, desta forma, que a inconstitucionalidade não deve ser presumida, mas sim provada⁷⁶.

Por fim, o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade é um preceito de ponderação, aplicável ao direito em geral. Através dele deve-se cotejar a legitimidade das restrições de direito, a fim de buscar sempre e seguir os valores da justiça, equidade, bom senso e proibição do excesso, seguindo desta forma, a ideia de Estado de Direito⁷⁷.

Conclui-se, então, que através do princípio supracitado, há de ter uma proporcionalidade na solução de conflito entre valores e bens igualmente protegidos pela Constituição⁷⁸. Esse foi o princípio hermenêutico base utilizado na fundamentação dos Ministros do Supremo Tribunal Federal para dirimir o Caso Ellwanger e concluir, por maioria, que a dignidade da pessoa humana do povo judeu e da igualdade jurídica se sobrepõe a liberdade de expressão exercida de forma abusiva pelo paciente, pois norteadas de cunho preconceituoso e racista, incitando o ódio em desfavor da comunidade judaica como um todo, como veremos mais a frente.

1.7 Considerações Finais

Ao encerrar essa passagem, pode se observar a relevância dos direitos fundamentais para um Estado Democrático e Social de Direito, pois servem como garantias constitucionais aos cidadãos contra a atuação arbitrária do Estado ou abusos de terceiros. Possuem tamanha importância, não só por estarem protegidos na Constituição Federal e em documentos de Direito Internacional, mas também por serem

⁷⁵ COELHO, Inocêncio Mártires. Interpretação Constitucional, 3 ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 107.

⁷⁶ COELHO, Inocêncio Mártires. Interpretação Constitucional, 3 ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 108-109.

⁷⁷ COELHO, Inocêncio Mártires. Interpretação Constitucional, 3 ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 109.

⁷⁸ COELHO, Inocêncio Mártires. Interpretação Constitucional, 3 ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 110.

essenciais à liberdade, à igualdade, à dignidade da pessoa humana e, conseqüentemente, à democracia em sentido amplo.

Assim, desenvolver a teoria geral dos direitos fundamentais neste primeiro capítulo é indispensável para uma melhor compreensão da garantia constitucional à liberdade de expressão, a fim de colocá-la em seu contexto e facilitar a compreensão de suas especificidades no decorrer da pesquisa.

2. A LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Antes de adentrar ao estudo específico da liberdade de expressão, cumpre destacar que os direitos fundamentais da liberdade, em conjunto com o da igualdade, formam a base da dignidade da pessoa humana. A prática efetiva de tais direitos serve como pilares de um Estado Democrático, pois possibilita a participação de todos os indivíduos na esfera das decisões políticas fundamentais⁷⁹.

A liberdade de expressão possui previsão constitucional relativamente ampla. Nesse sentido são os incisos IV, V, X, XIII e XIV, do artigo 5º, assim como o artigo 220 que trata da liberdade de manifestação de pensamento, resguardando-a de qualquer restrição, observando o disposto na Constituição. Desta forma, pode se perceber que todos os tipos de liberdade estão amparados de alguma forma na nossa Carta Política⁸⁰.

Devido a essa amplitude de normas faz-se necessário expor alguns dispositivos da Carta Política brasileira que em conjunto compõem o âmbito de proteção da liberdade de expressão.

Inicialmente, a conhecida como liberdade genérica de expressão de pensamento⁸¹, disposta no inciso IV do artigo 5º, da Constituição Federal, segundo a qual “é livre a manifestação de pensamento, sendo vedado o anonimato”. Genérica, pois permite a todos os cidadãos expor de forma livre seus pensamentos, ideias e opiniões, bem como de permanecer calado. É o direito do preso ao silêncio disposto no inciso LXIII do mesmo artigo, como lembra Edilson Farias⁸².

Há também a liberdade de expressão de consciência e de crença religiosa⁸³ constante no inciso VI, do artigo 5º, da CF, o que torna inviolável e protegida

⁷⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**, 2 ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 359.

⁸⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**, 2 ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 360.

⁸¹ Farias, Edilson. **Liberdade de Expressão e Comunicação: Teoria e proteção constitucional**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 152 e ss.

⁸² Farias, Edilson. **Liberdade de Expressão e Comunicação: Teoria e proteção constitucional**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 154-155.

⁸³ Farias, Edilson. **Liberdade de Expressão e Comunicação: Teoria e proteção constitucional**, São

constitucionalmente a liberdade de opinião e de religião dos cidadãos. Ainda nesse sentido, além do caráter religioso, o inciso VIII deste dispositivo constitucional, protege também, o cidadão de exercer seus direitos e de não os ter limitados por motivos de cunho filosófico ou político.

É a chamada liberdade de expressão filosófica ou política⁸⁴, fundamental para uma sociedade pluralística em um Estado Democrático e Social de Direito.

A Constituição protege, do mesmo modo, a liberdade de expressão artística e científica⁸⁵ contida no inciso IX do artigo 5º, segundo a qual “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”. Essa norma visa proteger o livre exercício e criação artística e científica, permitindo a circulação de conhecimento.

A respeito da importância da liberdade para os indivíduos de uma sociedade, ensina Paulo Gonet, *in verbis*:

O ser humano se forma no contato com o seu semelhante, mostrando-se a liberdade de se comunicar como condição relevante para a própria higidez psicossocial da pessoa. O direito de se comunicar livremente conecta-se com a característica da sociabilidade, essencial ao ser humano.⁸⁶

A garantia da liberdade de expressão engloba qualquer tipo de manifestação, desde que não haja conflito com outros direitos ou valores constitucionalmente protegidos. Porém, essa garantia não alcança manifestações de violência, conhecidas como “*hate speech*”, por causar impacto negativo na sociedade.⁸⁷ Esse é um dos pontos centrais do presente estudo em que a decisão do HC 82.424/RS da Corte Suprema brasileira proibiu a publicação e circulação de diversas obras, dentre elas a obra “*Holocausto Judeu ou Alemão? – nos bastidores da Mentira do Século*”, de

Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p.155 e ss.

⁸⁴ Farias, Edilson. **Liberdade de Expressão e Comunicação**: Teoria e proteção constitucional, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p.158-159.

⁸⁵ Farias, Edilson. **Liberdade de Expressão e Comunicação**: Teoria e proteção constitucional, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 159-160.

⁸⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**, 2 ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 360.

⁸⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**, 2 ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 361.

autoria de Siegfried Ellwanger Castan, por terem sido consideradas como discurso de ódio e de cunho racista contra a comunidade judaica.

Nessa mesma perspectiva, para ilustrar a pesquisa, nos parece pertinente demonstrar o caso da *National Socialist Party of America v. Village of Skokie* de 1977, julgado pela Suprema Corte Norte Americana⁸⁸.

O referido caso envolveu a solicitação de neonazistas para realizar uma marcha em uma comunidade judaica em Skokie, Illinois, Estados Unidos. Porém, logo após essa solicitação o Conselho de Comissionários de Skokie aprovou uma lei que exigia um depósito de garantia equivalente à U\$ 350.000,00 (trezentos e cinquenta mil dólares) para os manifestantes. Além disso, decretou a proibição da distribuição de materiais impressos que incitem ou promovam o ódio contra grupo de pessoas e de andar com uniformes com o símbolo da suástica.

O grupo nazista – National Socialist Party of America – afirmou que as referidas leis aprovadas pelo Conselho de Skokie eram inconstitucionais, pois ofendiam a Primeira Emenda (*First Amendment*) da Constituição dos Estados Unidos da América, que trata da proibição à vedação estatal da liberdade de expressão. Ao chegar à Suprema Corte americana esta decidiu que o grupo nazista não poderia ser proibido de realizar sua marcha pacífica pelo conteúdo de sua mensagem⁸⁹.

Diante do caso exposto, como forma de enriquecer a monografia, é possível defender que a decisão do Supremo Tribunal Federal no Caso Ellwanger se mostra adequada, a despeito de ainda desafiar outras discussões. Como está a nos mostrar a decisão citada da Suprema Corte Americana.

Essa liberdade pressupõe o não exercício da censura por parte do Estado, pois quem deve compreender opiniões como válidas ou não é o próprio público alvo de tal manifestação. Porém, essa proibição de censura não impede que o manifestante seja responsabilizado civil e penalmente por seus atos, desta forma, como

⁸⁸ *FindLaw. For Legal Professionals*. Disponível em: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/cgi-bin/getcase.pl?court=us&vol=432&invol=43>>. Acesso em: 28/09/2012, 20:47hrs.

⁸⁹ *Bill of Rights Institute. Landmark Supreme Court Cases and the Constitution: National Socialist Party of America v. Village of Skokie (1977)* Disponível em: <<http://billofrightsinstitute.org/wp-content/uploads/2011/12/Skokie.pdf>>. Acesso em: 29/09/2012, 10:34hrs.

ensina Paulo Gonet “a liberdade em estudo congloba não apenas o direito de se exprimir, como também o de não se expressar, de se calar e de não se informar”⁹⁰.

A referida vedação da censura é, para Edsom Farias, um dos princípios constitucionais da liberdade de expressão – princípio da proscrição de censura e licença –, em conjunto com o princípio da vedação do anonimato e o princípio das cláusulas péticas, essenciais para um convívio em harmonia na sociedade. Por vedação ao anonimato entende-se a proibição de manifestar e publicar qualquer documento sem identificar-se, seja o próprio nome ou pseudônimo, a fim de evitar prejuízos a terceiros em caso de abuso no exercício da liberdade e a consequente responsabilização do autor. Já por cláusula pétrea entende-se que tal garantia é essencial para a dignidade da pessoa humana e para o Estado Democrático e Social de Direito, não podendo sofrer restrições injustificadas no seu exercício⁹¹.

Tem-se como sujeitos da liberdade de expressão o próprio indivíduo como ativo, pois exerce sua liberdade, e esta será exercida, em regra, contra o Poder Público que será o sujeito passivo, por tratar-se de um direito de abstenção do Estado⁹².

Desta forma, a garantia constitucional à liberdade de expressão é, assim como leciona Robert Alexy, um direito de proteção contra o Estado e este deve defender o titular do direito contra a interferência de terceiros. Porém, o único problema é que ao resguardar um direito, irá interferir em outro, como diz Alexy, segundo o qual “*protection from disparaging utterances presupposes interference with freedom of speech*”⁹³. Como no caso em tela, em que Ellwanger teve sua liberdade de expressão restringida devido à suas obras depreciativas e humilhantes contra o povo judeu, a dignidade da pessoa humana judaica e a igualdade jurídica foram resguardadas.

A todos os indivíduos é garantido, pela própria Constituição, o direito de resposta à ofensa proferida por um meio de comunicação, utilizando-se do princípio

⁹⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**, 2 ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 361.

⁹¹ Farias, Edilson. **Liberdade de Expressão e Comunicação: Teoria e proteção constitucional**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p.182 e ss.

⁹² MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**, 2 ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 362.

⁹³ ALEXY, Robert. **On Constitutional Rights to Protection**. *Legisprudence*, Volume 3, Number 1, 2009, p. 4.

da proporcionalidade e da razoabilidade. Resposta essa como forma de preservar a honra e a imagem do indivíduo ofendido⁹⁴. Exemplo da referida reação é o caso em tela, em que houve abuso no exercício da liberdade de expressão do autor, gerando a necessidade de resposta do povo judeu por meio do julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal.

Como visto anteriormente, há diversos modos de expressão de ideias e de sentimentos disponíveis na sociedade, não é somente a partir do uso da palavra em determinada manifestação é que se estará exercendo a referida liberdade.

É o que pode se verificar no seguinte excerto:

Os termos amplos como a liberdade de expressão é tutelada no Direito brasileiro – que reconhece a liberdade de “expressão da atividade intelectual artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença” (art. 5º, IX, da CF) – permitem afirmar que, em princípio, manifestações não verbais também se inserem no âmbito da liberdade constitucionalmente protegida.⁹⁵

Acerca das limitações ao direito de expressão, pode se verificar que essa liberdade encontra restrições no próprio texto da Constituição Federal ou em casos de conflito com outros igualmente resguardados, sempre observando o princípio da proporcionalidade⁹⁶. Este princípio hermenêutico foi utilizado pelos Ministros como um dos meios para se dirimir a questão, ponderando os valores da liberdade de expressão em confronto com a dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica.

A Lei Maior brasileira prevê ampla prioridade aos direitos das crianças e do adolescente quando em confronto contra qualquer manifestação de violência, exploração, crueldade, opressão, dentre outras formas de conduta negativa, conforme entendimento do autor a seguir exposto:

Resulta dessa fórmula constitucional que o balanço dos interesses da liberdade de informação com o valor da dignidade do jovem e com o dever de protegê-lo parte de uma necessária inclinação por estes

⁹⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**, 2 ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 363.

⁹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**, 2 ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 365.

⁹⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**, 2 ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 366.

últimos. Afinal, o próprio constituinte atribui-lhes “absoluta prioridade”. A liberdade de expressão, portanto, poderá sofrer recuo quando o seu conteúdo puser em risco uma educação democrática, livre de ódios preconceituosos e fundada no superior valor intrínseco de todo ser humano. a liberdade de expressão, num contexto que estimule a violência e exponha a juventude à exploração de toda sorte, inclusive a comercial, tende a ceder ao valor *prima facie* prioritário da proteção da infância e da adolescência.⁹⁷

É nesse sentido, também, que a restrição no exercício abusivo da garantia constitucional da liberdade de expressão se fundamenta. Permitir que obras de cunho racista e preconceituoso – como as publicadas por Ellwanger – circulem na sociedade, é consentir na divulgação de sentimentos odiosos e que de fato influenciariam as mentes dos jovens para tal caminho.

Há também restrições a liberdade de expressão em casos de leis de índole geral, como por exemplo, a lei que proíbe o uso de buzina em frente a hospitais ou a lei que veta o uso de *outdoors* em certas regiões. Outro tipo de limitação refere-se aos casos de mensagens que provocam reações de violenta quebra de ordem, a guisa de exemplo, ocasiões em que alguém grite “fogo!” em um teatro lotado⁹⁸.

Grande importância dessas limitações é nos casos de discurso de ódio, conhecido também como *hate speech*, que são situações em que há o incentivo a condutas negativas como a violência ou o racismo. Tais manifestações são indiscutivelmente rejeitadas e consideradas repugnantes, não só pela sociedade e pela Constituição, mas também pelo Supremo em suas recentes decisões, como pode se observar do seguinte trecho:

Por outro lado, o discurso de ódio, entre nós, não é tolerado. O STF assentou que incitar a discriminação racial, por meio de idéias anti-semitas, “que buscam resgatar e dar credibilidade à concepção racial definida pelo regime nazista, negadoras e subversoras de fatos históricos incontroversos como o holocausto, consubstanciadas na pretensa inferioridade e desqualificação do povo judeu”, constitui crime, e não conduta amparada pela liberdade de expressão, já que nesta não se inclui a promoção do racismo. Devem prevalecer,

⁹⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**, 2 ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 368.

⁹⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**, 2 ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 368-369.

ensinou o STF, os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica.⁹⁹

Assim, condutas antissemitas – como a constante nas obras – possuem indiscutivelmente caráter racista, e condutas ilícitas não são protegidas pelo direito fundamental à liberdade de expressão garantido na Constituição Federal.

Existem limitações especificamente em relação à liberdade de imprensa, esta contida na liberdade de expressão, como em casos de informações falsas, ou quando houver ofensa à honra ou à privacidade de terceiros, todas previstas expressamente na Lei Fundamental brasileira¹⁰⁰.

Cumpre ressaltar, também, a imensa importância da limitação da liberdade de expressão quando em conflito com a imagem e aos valores da família ou em ofensa a dignidade da pessoa humana, visto que nenhum ser humano está sujeito a ser exposto contra sua vontade a fim de satisfazer interesse de terceiros¹⁰¹.

Por fim, em relação à liberdade de expressão, conclui-se que nenhum direito fundamental é garantido de forma absoluta, entre eles a garantia constitucional da liberdade de expressão. Deve sempre ser observado cada caso concreto, mediante a interpretação constitucional e a utilização da ponderação entre tais direitos em conflitos¹⁰². Tal ponderação, exposta anteriormente e como será demonstrada na fundamentação dos votos dos Ministros, foi utilizada por meio do princípio da proporcionalidade para determinar qual seria a solução mais adequada nos moldes de um Estado Democrático e Social de Direito, a prevalência da liberdade de expressão ou o predomínio da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica.

É nesse sentido que pode se concluir que o direito à liberdade de expressão é um direito fundamental constitucionalmente protegido e, assim como os demais, não possui caráter absoluto, devendo respeitar seus limites quando em conflito

⁹⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**, 2 ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 370.

¹⁰⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**, 2 ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 371-374.

¹⁰¹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**, 2 ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 375.

¹⁰² MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**, 2 ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 376.

com os demais direitos fundamentais de igual status jurídico e resguardados pela nossa Carta Magna.

A conclusão do capítulo não nos impede de realizar alguns questionamentos para futuras pesquisas, como abordado por Menelick de Carvalho Netto e Guilherme Scotti. Ressaltam interrogações a respeito do Caso Ellwanger, se nesta situação houve conflito entre direitos ou entre pretensões e interesses. Além disso, questionam a respeito da (im)possibilidade do exercício legítimo da garantia constitucional à liberdade de expressão configurar ao mesmo tempo uma ilegalidade, ou seja, uma ofensa a direitos¹⁰³.

Destacam a crítica de Marcelo Cattoni, segundo o qual, *in verbis*:

Afinal, ou nós estamos diante de uma conduta ilícita, abusiva, criminosa, ou, então, do exercício regular, e não abusivo, de um direito. (...) Como é que uma conduta pode ser considerada, ao mesmo tempo, como lícita (o exercício de um direito à liberdade de expressão) e como ilícita (crime de racismo, que viola a dignidade humana), sem quebrar o caráter deontológico, normativo, do Direito? Como se houvesse uma conduta meio lícita, meio ilícita?¹⁰⁴

¹⁰³ CARAVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. **Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito**: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 150.

¹⁰⁴ Cf. OLIVEIRA, M. A. Cattoni de. **O caso Ellwanger**: uma crítica à ponderação de valores e interesses na jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal. *apud* CARAVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. **Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito**: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 151.

3. O CASO ELLWANGER E O SUPREMO

Tudo o que foi desenvolvido nos capítulos iniciais da pesquisa será de grande relevância para desdobrar os fundamentos dos votos dos Ministros do Supremo no julgado do HC 82.424/RS.

Tal afirmativa justifica-se no fato de que no Capítulo 1 foi abordada a teoria geral dos direitos fundamentais, explicada minuciosamente devido a sua importância, não só no caso em tela, mas para o Direito como um todo. Após delinear um breve histórico, foram expostas as dimensões, as limitações e as garantias dos direitos fundamentais, bem como sua relação com a Constituição Federal e com o Estado Democrático e Social de Direito. Além disso, foram examinadas breves noções sobre interpretação constitucional, o que nos permitirá visualizar com maior facilidade os argumentos ventilados pelos Ministros.

Já no Capítulo 2 examinou-se a garantia constitucional da liberdade de expressão, objeto de estudo principal da monografia.

Nesse sentido, no presente Capítulo irá se desenvolver o julgado com o entendimento de cada Ministro do Supremo Tribunal Federal em seus votos e suas divergências quanto ao caso Ellwanger, bem como analisar os direitos fundamentais tidos por violados e concluir quanto à constitucionalidade ou não da decisão do HC 82.424/RS. Cumpre destacar, também, que o referido *habeas corpus* servirá como base para expor todos os fundamentos de fato e de direito desta parte da pesquisa.

3.1 Síntese do Processo

Siegfried Ellwanger Castan foi absolvido em primeira instância, mas veio a ser condenado por crime tipificado no *caput* do artigo 20 da Lei n. 7.716 de 1989, com redação dada pela Lei n. 8.081 de 1990¹⁰⁵, visto que, no entendimento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul – e como consta na denúncia –, ao distribuir e vender

¹⁰⁵ “Art. 20. Praticar, induzir ou incitar, pelos meios de comunicação social ou por publicação de qualquer natureza, a discriminação ou preconceito de raça, por religião, etnia ou procedência nacional. ([Artigo incluído pela Lei nº 8.081, de 21.9.1990](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7716.htm)) Pena: reclusão de dois a cinco anos.” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7716.htm>. Acesso em: 06/08/2012, 09:32hrs.

ao público obras antissemitas de sua autoria e de terceiros¹⁰⁶, buscou incitar e induzir aos leitores condutas racistas e discriminatórias contra o povo judeu.

O Tribunal de Justiça que condenou o paciente, fundamentou que o racismo não pode ser abstraído do delito contra a comunidade judaica, pois quem pratica as condutas de incitar ou induzir com fins discriminatórios é autor do delito de racismo. Desta forma, foi declarada a imprescritibilidade da pretensão punitiva do Estado, com base no art. 5º, inciso XLII da Constituição Federal, segundo o qual, “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”¹⁰⁷.

Impetrou-se *habeas corpus* contra a referida decisão perante o Superior Tribunal de Justiça alegando que os judeus não são uma raça e, portanto, não há como o paciente ser condenado pelo crime de racismo. Assim, a defesa afirma que a conduta de Ellwanger não pode sofrer a incidência da cláusula constitucional da imprescritibilidade penal, pois a condenação com base no art. 20 da Lei n. 7.716/89 com redação dada pela Lei n. 8.081/90 não fez referência ao crime de racismo, além disso o tipo silenciou sobre a imprescritibilidade.

Ao julgar o HC, o STJ, pela sua 5ª Turma, seguiu o entendimento de que o julgamento que condenou o paciente se encontra dentro da legalidade, denegando a ordem por maioria dos votos, reforçando que o racismo não pode ser abstraído do delito de discriminação contra a comunidade judaica e que o legislador teve a intenção de punir, além do preconceito de diferenças raciais, os relacionados à etnia ou a grupos nacionais, com o objetivo de reprimir o racismo em todas suas formas.

Contra a supracitada decisão do STJ, impetrou-se o presente *habeas corpus* em estudo – HC 82.424/RS – perante o Supremo Tribunal Federal, reiterando a

¹⁰⁶ “Holocausto Judeu ou Alemão? – Nos Bastidores da Mentira do Século” de sua autoria; “O Judeu Internacional” de Henry Ford; “A História Secreta do Brasil”, “Brasil Colônia de Banqueiros” e “Os Protocolos dos Sábios de Sião”, as três obras de autoria de Gustavo Barroso; “Hitler – Culpado ou Inocente?” de Sérgio Oliveira; e “Os Conquistadores do Mundo – Os Verdadeiros Criminosos de Guerra” de Louis Marschalko.

¹⁰⁷ CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 24/05/2012, 15:21hrs.

tese de defesa de que a conduta delituosa de discriminação contra os judeus não se enquadra no crime de racismo, deve ser observado o prazo prescricional previsto em lei.

O Ministério Público Federal ofereceu parecer opinando pelo indeferimento do pedido. Afirmou que não há base jurídica para se sustentar que o texto constitucional limitou o crime de racismo “à raça”, e que a legislação infraconstitucional – Lei n. 7.716/90 – supre a falta de definição de prática de racismo na Carta Magna, por diversas condutas, todas imprescritíveis.

Por fim, conclui-se que a questão central do presente julgado é de que se a prática do antissemitismo, possui ou não, o mesmo sentido do crime de racismo, a fim de observar se é caso de incidir a cláusula de imprescritibilidade disposta no art. 5º, inciso XLII da CF.

3.2 Fundamentos dos votos dos Ministros

O Senhor **Ministro Moreira Alves**, relator do HC 82.424/RS, afirma que o ponto principal deste *habeas corpus* é encontrar o significado e o alcance do termo “racismo”, este imprescritível nos termos do art. 5º, inciso XLII da CF¹⁰⁸, diferente dos crimes de preconceito e discriminação pelo qual foi condenado o paciente.

Sustenta que a expressão “racismo” deve ser interpretada de forma restrita, devido a sua imprescritibilidade não alcançar nem os crimes hediondos – a exemplo do crime de prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo –, estes tidos somente como inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia de acordo com o art. 5º, inciso XLIII da CF.

Além disso, explica que em seu contexto histórico, o “racismo” possui significado de preconceito ou discriminação contra a raça negra mais especificamente. Visto que o constituinte Carlos Alberto Caó, na elaboração do que viria a ser o referido inciso XLII, justificou tal imprescritibilidade no fato de que, mesmo após 100 (cem)

¹⁰⁸ Para o Ministro, esse dispositivo constitucional está diretamente ligado ao objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, qual seja, o art. 3º, inciso IV da Constituição, segundo o qual “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

anos da abolição, no Brasil ainda dominava diversas formas de discriminação contra negros ou descendentes de negros. Assim, para construir um Estado Democrático, deveria primeiro ser superada a discriminação racial.

Após citar diversos doutrinadores constitucionalistas de relevo¹⁰⁹ a respeito da divergência quanto à questão de raça, sua proibição e punição, o Ministro usa como base doutrinária a de Nicola Abbagnano. Para este, o conceito de raça está ligado a características físicas como a cor da pele, do cabelo e dos olhos, bem como a forma do nariz e a estrutura do corpo, sendo dividida em três grandes raças, a branca, a negra e a amarela. Desta forma, grupos nacionais, religiosos e culturais não podem ser considerados como tais.

A partir do que foi exposto – interpretação restrita da norma penal prevista no art. 5º, XLII, da Constituição e do conceito de raça –, o Ministro partiu do entendimento de que os judeus não são uma raça. Compreensão esta, baseada também em autores judeus, que afirmam que são de todas as espécies – brancas, negras, ocidentais e orientais – e não constituem uma raça, pois esta está ligada a designação biológica.

Diante do exposto, o Ministro conclui que a prescrição da pretensão punitiva do Estado já se verificou, pois o paciente foi condenado a dois anos de reclusão, assim a prescrição ocorre em 4 anos. Pois entre a denúncia recebida no dia 14 de novembro de 2011 e o acórdão condenatório, proferido em 31 de outubro de 1996, já transcorreu o lapso temporal referido para justificar a prescrição. Deferindo, então, o presente *habeas corpus*.

Na confirmação de seu foto, o Ministro Moreira Alves, afirma que a imprescritibilidade atinge apenas o crime de racismo, mas não os crimes resultantes de preconceito de raça ou cor.

Entende que se der ao termo “racismo” a amplitude que se pretende teremos um crime de conteúdo aberto. Lembra que os crimes hediondos não são

¹⁰⁹ O Ministro cita os constitucionalistas Pinto Ferreira, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Celso Ribeiro Bastos, Cretella Júnior e, por fim, Nicola Abbagnano, com quem concorda neste aspecto.

imprescritíveis e que no âmbito internacional não há imprescritibilidade para o crime de racismo previsto nas convenções.

O Ministro afirma que o texto constitucional deve ser interpretado de forma estrita e não com base em controvérsias ao termo “racismo” que é posterior à Constituição e ao próprio crime que fora condenado o paciente. Desta forma, como a Carta Política não conceitua o termo “racismo”, este deve ser entendido restritivamente, no sentido comum da palavra, alcançando apenas as raças tidas como tradicionais, devido a gravidade da imprescritibilidade.

Alguns precedentes colhidos no Direito Comparado foram utilizados pelo Ministro para fundamentar sua decisão, onde, em um dos casos¹¹⁰, a liberdade de expressão do réu prevaleceu diante da dignidade pessoa humana. Porém, ressalta que o presente caso envolve a questão da imprescritibilidade e não se a condenação viola ou não a liberdade de pensamento.

Confirma o Ministro por manter seu voto interpretando a Constituição de forma restrita sem levar em consideração aspectos emocionais que não condizem com a tradição racial brasileira.

O Senhor **Ministro Maurício Corrêa** afirmou, em seu voto vista, que de fato os judeus, na sua perspectiva, não são uma raça e que a proposta de imprescritibilidade do crime de racismo teve como fundamento a defesa da comunidade negra no Brasil. O Ministro citou, também, passagem bíblica.

Além disso citou o marco histórico da Segunda Guerra Mundial em que milhões de judeus foram mortos no regime nazista. Porém, afirma que a postura e as condutas de Hitler de nada influenciam no presente caso.

Fez importantes questionamentos acerca do caso, como por exemplo, se a imprescritibilidade do crime de racismo prevista no art. 5º, XLII da Constituição se refere à raça apenas de um modo geral, e mais especificamente os negros – *strictu sensu*

¹¹⁰ Decisão da Corte Suprema Norte americana no caso RAV versus a cidade de Saint Paul, que envolve um problema de racismo contra uma família negra em face da liberdade de manifestação de pensamento, na qual prevaleceu a liberdade de expressão.

– ou se tem um alcance mais abrangente, incluindo discriminações raciais contra outras porções da sociedade.

Nas incidências ao voto vista, o Ministro Maurício Corrêa afirmou que as obras publicadas pelo paciente negam fatos históricos, como o holocausto, e incentivam a discriminação contra o povo judeu, afirmando que estes foram os responsáveis pelas atrocidades da Segunda Guerra Mundial. Ademais, fixa que as teorias antissemitas publicadas vão contra o Estado Democrático de Direito e ofendem a Constituição, mais precisamente no que concerne aos direitos fundamentais de cidadania e dignidade da pessoa humana.

Atenta para a fundamentação científica, segundo a qual não existe diferenciação racial – há apenas a raça humana – e que esta variedade de raças foi imposta por um processo político e social que se desenvolveu ao longo do tempo, fazendo surgir o preconceito e a discriminação racial. Outro fator que “contribuiu” para essa desigualdade social foram as guerras pelo poder – supremacia de um povo sobre outro –, a exemplo do escravismo e do holocausto no regime nazista.

Nesse sentido, fixa que o preconceito contra os judeus possui índole racial, visto que estes são considerados como raça inferior, diante da superioridade da raça ariana. Assim, a conduta nazista, e mais precisamente, o antissemitismo, é racista. Consequentemente a este fato, pode se observar que a conduta do paciente Ellwanger é manifestadamente racista ao restaurar essa doutrina sob o disfarce do “revisionismo” histórico.

Assim, o racismo existe enquanto fenômeno social e é isso que deve ser condenado na aplicação do Direito, pois é esse fenômeno que justifica a imprescritibilidade do crime prevista no art. 5º, inciso XLII, da CF. Além dessa conduta se contrapor às disciplinas de tratados internacionais¹¹¹, aos direitos humanos e ao tratamento igualitário.

¹¹¹ O Ministro Maurício Corrêa cita alguns artigos de determinados tratados internacionais que repudiam a prática racista, confirmando que o Direito Internacional também entende ser o antissemitismo uma exteriorização do racismo. Além disso, faz a análise de diversos casos semelhantes no âmbito internacional, com referência do Direito Comparado.

O Ministro reafirma o cometimento de racismo pelo paciente e diz que a própria Constituição define “raça” e “cor” como sendo distintas¹¹² e aquela deve ser vista de forma mais ampla. Bem como a política brasileira repudia o racismo, como consta no art. 4º, inciso VIII, da Carta Magna, e que o combate a este crime está baseado no princípio da igualdade.

Neste diapasão, afirma o Ministro que a Constituição Federal brasileira e a Lei n. 7.716 de 89, seguiram os tratados internacionais assumidos pelo Brasil, no que concerne ao repúdio ao racismo. Sustenta, também, que interpretar de forma restritiva é atentar contra os direitos fundamentais – mais especificamente o da igualdade – e que este é o entendimento da doutrina constitucional brasileira.

Atenta o Ministro Maurício Corrêa, apesar de não ter sido fundamento da defesa, para o fato de que não houve violação ao princípio da liberdade de expressão, pois este, como as demais garantias, não é incondicional. Assim, a referida liberdade não protege a prática de condutas ilícitas, a exemplo dos crimes contra a honra, como ocorre no presente caso.

Compreende que o intérprete deve harmonizar as garantias constitucionais em oposição¹¹³ e que, no presente caso, há prevalência da dignidade humana dos judeus em face da liberdade de expressão do paciente. Tal preponderância é explicada pelo fato da dignidade estar relacionada com os direitos humanos, diferente da liberdade de expressão.

Por fim, diante do que foi exposto, o Ministro afirma que o crime de racismo abrange a discriminação contra os judeus e, conseqüentemente, a imprescritibilidade do inciso XLII, do art. 5º, da CF ocorre no presente caso. Desta forma, indefere o *habeas corpus*.

¹¹² Como consta no art. 3º, inciso IV, da Constituição, segundo o qual “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 24/05/2012, 19:23hrs.

¹¹³ Afirma que tal interpretação deve ser teleológica e sistêmica da Constituição Federal, levando em considerações elementares históricas. Políticas e sociológicas.

O voto do **Ministro Celso de Mello** tem como primeiro fundamento a relevância do princípio da dignidade da pessoa humana, disposto no art. 1º, inciso III, da CF, como um dos elementos fundamentais da República. Afirma que este princípio é indisponível e serve como pilar do Estado Democrático de Direito.

O Ministro faz alusão a marcos históricos que estão ligados ao presente caso, como o Partido Nacional Socialista da Alemanha, na década de 30, bem como o regime nazista e outros documentos e datas que denunciam e relembram as discriminações e atrocidades sofridas pelo povo judeu. Afirma que tais marcos devem ser levados em consideração no julgamento feito pelo Supremo¹¹⁴.

O Ministro relembra a importância da preservação das liberdades fundamentais expressos na Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, tais como a garantia de liberdade e igualdade de dignidade e direitos. Sustenta que o STF deve praticar os postulados da referida Declaração, colocando em prática os fundamentos da liberdade, da justiça e da paz universal, em favor da defesa e da preservação da dignidade da pessoa humana.

Afirma que no Direito Internacional a dignidade passou a ser reconhecida como valor fundamental no ordenamento jurídico, e que a Conferência Mundial sobre Direitos Humanos foi importante para essa consolidação. Outro documento mencionado pelo Ministro foi a Declaração e Programa de Ação de Viena, importante para a Democracia, a universalização dos direitos humanos e liberdades fundamentais das pessoas.

Explica ainda, que as práticas racistas são prejudiciais à sociedade, ao próprio Estado e ao STF.

O Ministro afirma que todos os documentos internacionais que têm objetivo de erradicar qualquer forma de discriminação racial, reconhecerá a igualdade fundamental de todos os seres humanos e que, segundo as próprias palavras do

¹¹⁴ Não concordo com tal entendimento, pois irá retroagir no tempo a fim de prejudicar o réu, além disso não se pode responsabilizar e colocar nas costas do paciente todo o peso do Holocausto, assim como as demais atrocidades do regime nazista.

Ministro, “as diferenças entre os povos do mundo não justificam qualquer classificação hierárquica entre as nações e as pessoas”.

Para o Ministro Celso de Mello, o conceito de racismo abrange a dimensão cultural e sociológica, além da antropologia e biológica. Além disso, usa os ensinamentos de Hannah Arent para caracterizar o tema do antissemitismo, que considera uma afronta ao bom senso.

Aduz ainda, que a liberdade de expressão não prevalece sob a dignidade da pessoa humana e que tal garantia não justifica a incitação ao ódio contra os judeus, como no presente caso em análise, pois ultrapassam os limites da indagação e da pesquisa histórica. Para ele, a liberdade de expressão não pode servir de escusa para exteriorizar condutas criminosas que ofendam garantias tuteladas pela própria Constituição.

É nesse sentido, que o Ministro afirma o entendimento da Suprema Corte de que no sistema constitucional brasileiro não existe direito ou garantia de caráter absoluto. Assim, neste caso, a igualdade e a dignidade pessoal dos direitos humanos são limitações ao exercício da liberdade de expressão.

Possui o entendimento de que o STF deve ponderar para avaliar qual direito deve prevalecer no caso, sem que isso cause esvaziamento do conteúdo essencial dos direitos fundamentais envolvidos – no caso, além da liberdade de expressão, a dignidade da pessoa humana e a igualdade jurídica. Nesse sentido, quando há liberdades em conflitos, a Corte deve usar a ponderação de bens e valores e que o Estado, diante de supostas ilicitudes, proteja os postulados essenciais.

Ressalta a decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, ao se manifestar no sentido de que a liberdade de expressão deve ser punida e controlada quando houver intenção clara de discriminação, mesmo sob a escusa do revisionismo.

Para finalizar, o Ministro lembra que, em matéria de Direitos Humanos, a interpretação jurídica deve levar em consideração as regras e cláusulas do direito interno e internacional, a fim de garantir o direito constitucionalmente protegido.

O Ministro finaliza seu voto indeferindo o pedido de *habeas corpus*, mantendo a condenação penal aplicada pelo TJRS.

Ao confirmar seu voto, o Ministro Celso de Mello afirma que a liberdade de expressão é um dos fundamentos do um Estado Democrático. Esse direito – de manifestar seus pensamentos e opiniões – jamais poderá sofrer uma intervenção *a priori* pelo Estado, somente *a posteriori*. Ou seja, o Estado não pode intervir no exercício dessa garantia a fim de corrompê-lo, o poderá fazer somente após abusos na sua prática.

Explica que essa intervenção estatal que interfere no exercício da liberdade de expressão, só é justificada pelo motivo desse direito constitucional não se revestir de caráter absoluto, pois pode sofrer limitações. Assim, o Ministro afirma que “o abuso no exercício da liberdade de expressão não pode ser tolerado. Ao contrário, deve ser reprimido e neutralizado”.

É nesse sentido que, como se pode observar no caso *in oculi*, o Ministro reitera que a incitação ao ódio em desfavor do povo judeu não é protegida pela liberdade de expressão. Nesse sentido, afirma, *in verbis*:

Tenho por irrecusável, por isso mesmo, que publicações que extravasam, abusiva e criminosamente, os limites da indagação científica e da pesquisa história, degradando-se ao nível primário do insulto, da ofensa e, sobretudo, do estímulo à intolerância e ao ódio público pelos judeus (como se registra no caso ora em exame), não merecem a dignidade da proteção constitucional que assegura a liberdade de manifestação do pensamento, pois o direito à livre expressão não pode compreender, em seu âmbito de tutela, exteriorizações revestidas de ilicitude penal. (p. 930)

Sustenta, também, que as condutas delituosas do paciente ofendem frontalmente a dignidade da pessoa humana e a própria Constituição Federal. Nesse sentido, relembra que o exercício da liberdade de expressão pode ensejar em um conflito com outro direito igualmente protegido pela Carta Política, ocasionando um confronto/conflito entre tais valores jurídicos.

Porém, para o Ministro não há conflito de direitos constitucionalmente protegidos, pois manifestações de cunho criminoso não possuem amparo da

Constituição. É que a conduta de Ellwanger, na sua percepção, foi exteriorizada de manifestações raciais discriminatórias, incitando ao ódio contra o povo judeu, excluindo a cláusula protetiva da liberdade de expressão.

Conclui o Ministro, reiterando que a interpretação constitucional deve valorizar princípios e valores que enaltecem a superioridade dos direitos humanos, assim como a dignidade da pessoa humana e a igualdade jurídica. Assim, confirma pela denegação do presente *habeas corpus*.

Em seu voto, o **Ministro Gilmar Mendes** após expor o entendimento da doutrina de alguns autores a respeito da questão central do julgado – o alcance do termo “racismo” –, afirma que, do ponto de vista histórico, o antissemitismo possui caráter racista. Para ele, o conceito jurídico do racismo não exclui o histórico.

Assim como os demais Ministros que concluíram pelo indeferimento do HC, Gilmar Mendes também ressaltou a importância dos instrumentos internacionais no combate ao racismo.

O Ministro Gilmar também usa, para fundamentar seu voto, o Direito Comparado, com base na Suprema Corte dos EUA, na Câmara dos Lordes da Inglaterra, bem como na Corte Constitucional da Alemanha.

O Ministro destaca o caráter essencial da liberdade de expressão em um sistema democrático de direito e questiona como condutas de cunho racista se relacionam com a referida garantia constitucional. Tal conduta de incitação à discriminação é conhecida, como lembra o Ministro, de *hate speech*, e ofende de imediato o direito à igualdade.

Para o Ministro, o livro publicado pelo paciente poderia, em tese, ser um instrumento para o crime de discriminação racial, tendo como núcleo o verbo “incitar”. Afirma que para definir se o presente caso se enquadra nesta conduta, impõe-se a aplicação do juízo de proporcionalidade, usado para solucionar conflitos entre direitos fundamentais constitucionalmente protegidos.

O Ministro afirma que o princípio da proporcionalidade é relevante, pois irá sobrepor a garantia de liberdade de expressão sem que gere prejuízo à dignidade da pessoa humana. Demonstra que a liberdade de expressão deve ser exercida de modo compatível com os demais valores constitucionais em conflito.

A exemplo do parágrafo anterior, como ilustra o caso, o constituinte positivou no art. 5º, inciso X, da CF, a proteção aos direitos à imagem, à honra e à privacidade, em face da liberdade de expressão.

A liberdade de expressão não é absoluta em face de outros direitos constitucionalmente protegidos, como o da igualdade e dignidade da pessoa humana. Por isso a imprescritibilidade e inafiançabilidade do crime de racismo são corretas.

Expõe que o fundamento para os limites impostos à liberdade de expressão, no que concerne à manifestação de cunho racista, encontra-se em um Estado Democrático que pressupõe igualdade e intolerância entre diversos grupos.

O Ministro Gilmar Mendes demonstra a utilidade e importância do princípio da proporcionalidade, que será utilizado em casos de condutas restritivas de direitos fundamentais, a fim de impor um limite para que essa restrição não seja excessiva. O referido princípio é entendido como um meio utilizado para resolver conflitos entre princípios constitucionais, fazendo uma ponderação entre eles.

O Ministro continua a explicação do princípio da proporcionalidade e fala sobre suas máximas, quais sejam, verificar no conflito entre direitos constitucionais contrapostos, se o ato impugnado é adequado, necessário e se possui proporcionalidade em sentido estrito.

Após analisar a decisão condenatória do TJRS, o Ministro verifica se tal decisão atende as três máximas do princípio da proporcionalidade e conclui de forma positiva. Reafirma os votos desta decisão, a fim de lembrar que tais publicações não são revisionistas da história, mas sim “de divulgação de ideias que atentam contra a dignidade dos judeus”.

Ao concluir que as três máximas da proporcionalidade foram obedecidas, afirma que esta não fora violada e decide pelo indeferimento do *habeas corpus*.

Gilmar Mendes, ao aditar seu entendimento sobre o caso, reitera diversos ensinamentos, dentre eles sobre o princípio da proporcionalidade. Para ele, este método deve ser utilizado neste caso, devido a colisão de direitos fundamentais, assim, *in casu*, prevalece a restrição estatal da liberdade de manifestação em detrimento da prevalência da dignidade da pessoa humana, do pluralismo jurídico e do repúdio ao racismo.

Reafirma também, o caráter essencial da liberdade de expressão em um Estado Democrático, afirmando que tal garantia constitucional contribui para a construção da consciência e da vontade da população. Porém, entende que a liberdade de expressão como instrumento de incitação à discriminação racial, conhecido como *hate speech*, ofende frontalmente um dos pilares da democracia, qual seja, o direito à igualdade, devendo seu exercício ser restrito, pois a referida liberdade possui limites.

Destarte, no âmbito da garantia da liberdade de expressão, esta não pode acolher manifestações antissemitas, como no presente caso, a fim de preservar os direitos fundamentais na sociedade democrática. Esse é o fundamento para confirmar o indeferimento do HC.

De acordo com o **Ministro Carlos Velloso**, a Constituição Federal tem o relevante papel de tutelar os direitos humanos e limitar o poder do Estado na interferência nesses direitos individuais fundamentais. Realça a importância da universalização/internacionalização dos direitos humanos, que fundamenta seu valor no plano internacional.

Sustenta que é nesse sentido que a Constituição brasileira afirma que a República Federativa do Brasil é um Estado Democrático de Direito e tem como fundamento principal a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, da CF). O Ministro mostra que a Constituição positivou os direitos individuais e coletivos, e

dividiu os direitos fundamentais em gerações – 1ª 2ª e 3ª – que estão distribuídos na Constituição.

Afirma que, no sentido antropológico e biológico, existe apenas uma raça – a humana –, mas é no sentido cultural e social que essa divisão de raças aparece. E é nessa linha que o racismo se caracteriza por manifestações de ódio, de preconceito e de discriminação, repudiado pela Carta Maior por atentar contra os direitos humanos.

Em sua opinião, a conduta do paciente ao publicar obras discriminatórias contra o povo judeu se enquadrrou no crime de racismo e consequentemente na cláusula de imprescritibilidade disposta no artigo 5º, inciso XLII, da Constituição.

Para o Ministro, a conduta de Ellwanger ao incitar o ódio ao povo judeu, não se encontra protegida pela cláusula constitucional da liberdade de expressão, pois as obras não possuem caráter científico. Além disso, por estar em conflito com outro direito fundamental, deve prevalecer o que atende aos pressupostos da Constituição de tutela dos direitos e garantias.

Expõe que não existem direitos absolutos, desta forma, a liberdade de expressão não pode comportar manifestações de cunho racista, que incitam ao ódio e a discriminação contra o povo judeu, violando a dignidade da pessoa humana e demais direitos fundamentais.

Nesse sentido, a liberdade de expressão – nos moldes exercidos pelo paciente – não pode se sobrepor à dignidade da pessoa humana, que é fundamento principal da República e do Estado Democrático de Direito brasileiro.

Conclui o Ministro pelo indeferimento do *writ*, pois a liberdade de expressão não pode se revestir de condutas criminosas.

Para o **Ministro Nelson Jobim** a discriminação contra o povo judeu constitui crime de racismo, imprescritível e inafiançável a luz do art. 5º, inciso XLII, da CF, visto que a norma constitucional não tutela apenas a dignidade do povo negro, esta foi tomada apenas exemplificativamente.

Nesse sentido, acompanha o voto divergente do Ministro Maurício Corrêa ao indeferir o presente *habeas corpus*.

Ao confirmar seu voto, tece algumas considerações a respeito da liberdade de expressão, demonstrando que esta é fundamental para um Estado Democrático, pois possibilita debates democráticos da maioria sempre em respeito a minoria da sociedade. Porém, o uso da garantia constitucional desta liberdade não autoriza a incitação ao ódio e ao racismo.

Desta forma, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul foi correto em sua decisão de que as publicações do paciente eram instrumentos para promover o ódio aos judeus – antissemitismo –, o que afronta o princípio da igualdade. Assim, conclui o Ministro Nelson Jobim, pela confirmação do indeferimento do HC.

A Senhora **Ministra Ellen Gracie**, ao fundamentar seu voto, afirma que de fato não existe divisão de raças em nossa espécie, pois há apenas a raça humana. Porém quando se analisa o preconceito racial, este deve ser visto como uma ideia de diferença e inferioridade de outros seres, o que ofende o direito fundamental da igualdade.

Para a Ministra, o paciente, em sua conduta de publicar obras antissemitas, se enquadrou em um típico exemplo de manifestação preconceituosa. Desta forma, devido ao cunho irracional desta conduta e pelo fato de que é inaceitável a argumentação da defesa no sentido de que por não existir diferenciação de raças é impossível praticar o crime de racismo no presente caso, negou a ordem do HC.

O **Ministro Cezar Peluso**, ao antecipar seu voto, entende, assim como os demais ministros, que existe apenas a raça humana. Para ele, deve se realizar uma interpretação teleológica na norma constitucional que dispõe sobre o racismo quando em confronto com outros bens e valores jurídicos protegidos pela própria Constituição.

Segundo seu entendimento, interpretar de forma restrita o termo “racismo” é ilícito, pois além de inútil limitaria o alcance da proteção constitucional a

um número reduzido de pessoas. Além disso, a norma constitucional do artigo 5º, XLII, da CF visa proteger os fundamentos da República Federativa do Brasil¹¹⁵, a fim de preservar a integridade, a dignidade e a igualdade entre as pessoas.

Finaliza seu entendimento, expondo que o paciente em suas obras publicadas teve o objetivo de promover e difundir a ideologia racista do antissemitismo, incitando o ódio ao povo judeu. Assim, devido a essa conduta preconceituosa, ultrapassou os limites da garantia constitucional da liberdade de expressão.

Concluiu o Ministro, pelo indeferimento do *habeas corpus*.

O **Ministro Carlos Ayres Britto**, em seu voto vista, afirma que em conflitos entre direitos constitucionais contrapostos, a princípio, deve se harmonizar tais direitos para que um deles não seja excluído por completo. Porém, há casos em que a interpretação deverá ser tomada de uma forma radical, no sentido de não admitir a incidência de um dos princípios em contraposição, permanecendo o que melhor atender aos fundamentos e objetivos da Carta Magna brasileira.

Para o Ministro não houve a demonstração da anterioridade da publicação da Lei n. 8.081/90¹¹⁶ com as datas das publicações das obras pelo paciente, ou seja, não restou comprovada na denúncia que a conduta tida por criminosa ocorreu após a lei incriminadora. Assim, deve se utilizar o *in dubio pro reo*, a fim de presumir a inocência do paciente.

Desta forma, conclui pela atipicidade da conduta e concede *habeas corpus* de ofício, para evitar a retroatividade da lei penal para prejudicar o réu, o que ensejaria a nulidade absoluta do processo.

No desenvolver de seu voto, o Ministro realiza desdobramentos acerca das divergências que envolvem a definição do termo “racismo”¹¹⁷, bem como sua

¹¹⁵ Os fundamentos citados pelo Ministro Cezar Peluso são os dispostos nos incisos II e III do artigo 1º, da Constituição, quais sejam, a cidadania e a dignidade da pessoa humana, respectivamente.

¹¹⁶ Lei esta que deu nova redação ao art. 20, *caput*, do artigo 20 da Lei n. 7.716/89.

¹¹⁷ Para o Ministro Ayres Britto o conceito de racismo – entendido por ele como um crime de diversos sentidos –, por haver dúvida em sua definição, deve ser interpretado de forma comum, pois a Constituição Federal é um documento político.

relação com a expressão “raça” e o sentido constitucional de “preconceito” e “discriminação”, que para ele ofendem princípios constitucionais como o da igualdade, da dignidade e de uma sociedade pluralística sem preconceitos.

Ao analisar a liberdade de expressão explica que esta, enquanto em harmonia com a Constituição, será protegida, porém quando ocorrer abusos ou agravo a terceiros deverá ser combatida/limitada. Essa restrição somente ocorrerá *a posteriori*, ou seja, o sujeito não pode ter seu direito de liberdade de manifestação previamente restringido.

Demonstra o Ministro, que há três comportamentos que são excludentes constitucionais da abusividade da liberdade de expressão, quais sejam, a crença religiosa, a convicção filosófica e a convicção política, como disposto no art. 5º, inciso VIII, da Constituição Federal.

Entende que não se deve fazer uma interpretação restritiva da norma, pois a estará privando de sua máxima efetividade, o que ofende o princípio instrumental da máxima efetividade da Carta Maior.

Ao examinar as condutas de Siegfried Ellwanger, apesar de não concordar com elas, compreende que sua obra possui caráter histórico sob a perspectiva revisionista, com viés ideológico próprio e que, no que se refere aos judeus, combate o sionismo. Para o Ministro a obra não é preconceituosa e não possui cunho racista.

Conclui então que no presente caso restou claro o uso correto da liberdade de expressão na obra do paciente, que possui uma linha política e ideológica tutelada pela Constituição, como dispõe o artigo 5º, inciso VIII, da CF.

Ao confirmar seu voto, o Ministro Carlos Ayres Britto sustenta que o preconceito é discriminar de forma negativa ao considerar alguém ou um povo como uma raça inferior, sem dignidade ou cidadania. Porém, essa conduta não se verifica nas obras publicadas pelo paciente.

Reitera que o paciente utilizou de sua liberdade de expressão para publicar tais obras e o fez sob a tutela de sua convicção política-ideológica e dentro dos limites da liberdade de manifestação.

Confirma que Ellwanger não fez referência ao arianismo ou defendeu o holocausto, que o paciente apenas afirmou que o holocausto maior foi sofrido pelo povo alemão. O Ministro não concorda com tal entendimento, mas explica que aquele possui o direito de dizer.

Mantém, assim, a absolvição do paciente Siegfried Ellwanger Castan.

Na fundamentação de seu voto vista, o **Ministro Marco Aurélio** afirma que os direitos fundamentais, além de serem essenciais ao princípio democrático, garantem para todos os cidadãos o pleno exercício da democracia. Dentre eles, merece atenção a liberdade de expressão que contribui para a construção de uma sociedade livre e plural, pois garante ao cidadão a expor ideia, ideologias e opiniões políticas, sendo proibida a censura.

Entende o Ministro, que a liberdade de expressão possui um valor instrumental, a fim de proteger a comunidade política e preservar a soberania popular em um Estado Democrático. Assim, controla a atividade governamental e o exercício do poder estatal.

Além disso, deve se observar que a garantia de liberdade de expressão protege não somente o pensamento majoritário, mas, principalmente, os ideais minoritários – devido ao fato de ser um direito fundamental de defesa –, bem como os absurdos ou radicais. Revelando-se como uma garantia de diversidade de opiniões, não podendo ser considerada apenas no âmbito individual, pois estaria desta forma, debilitando a democracia.

Em relação à conduta do paciente, entende o Ministro que Ellwanger – apesar de não concordar com sua ideologia – se limitou a elaborar e divulgar a versão histórica vista sob sua percepção, elaborando uma pesquisa científica. Para ele, o

paciente, apesar de um ideal extremista, não instigou ou incitou a prática de racismo, muito menos, atentou contra a dignidade judaica.

Assim como os demais Ministros, Marco Aurélio afirma que a liberdade de expressão não é absoluta, por ser passível de limitação em seu exercício em casos de abusos. Porém, a intervenção estatal deve ser fundamentada em elementos concretos que comprovem a necessidade da referida limitação, não basta apenas alegar que a manifestação é discriminatória, fazer meras expectativas ou basear-se em receios pessoais. Deve provar que houve grave abuso da liberdade de expressão, para justificar a restrição.

Nesse sentido, a Constituição não tutela o abuso da liberdade de manifestação, pois esta encontra limite nos demais direitos fundamentais, o que possibilita a ocorrência de conflito entre princípios constitucionalmente protegidos e de igual status jurídico. Ao ocorrer esta contraposição de valores, deve se recorrer ao método da ponderação aplicado ao caso concreto, nunca deve se levar em consideração aspectos gerais dos direitos fundamentais envolvidos.

Também sustenta que o principal método para a solução de conflito entre direitos fundamentais, como a contraposição que se verifica no caso entre a garantia de liberdade de expressão do paciente e a dignidade do povo judeu, é pela aplicação do princípio da proporcionalidade. Tal princípio é o instrumento utilizado para se fazer a ponderação entre os valores constitucionais em conflito.

Assim, ao aplicar o princípio da proporcionalidade ao caso, o Ministro concluiu que a decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul não foi correta ao condenar o paciente, pois não foi o meio mais adequado, necessário e razoável aplicável ao caso.

O Ministro expõe diversos julgados internacionais para utilizar o direito comparado e demonstrar como outros países têm lidado com situações que envolvem a liberdade de expressão. Além disso, afirma que o direito penal internacional admite a imprescritibilidade apenas em casos de crimes excepcionais, como o crime de genocídio, contra a humanidade, de guerra e de agressão.

Faz um histórico do racismo nas Constituições brasileiras e revela que apenas a Carta Magna de 88 adotou a causa de imprescritibilidade para este crime.

Além disso, afirma que o presente julgado do *habeas corpus* é exemplo típico de “jurisprudência simbólica”. Segundo o Ministro, a teoria do simbolismo é utilizada em casos de leis sem eficácia para solucionar os problemas da sociedade, porém com grande caráter simbólico, atendendo, desta forma, as necessidades da população. Assim, ao restringir o exercício da liberdade de expressão do paciente pelo fundamento da prática de racismo, o Supremo passou imagem de politicamente correto ao praticar a função simbólica e atender a necessidade da sociedade de vê-lo condenado.

Por ser a imprescritibilidade uma exceção aos direitos fundamentais, o Ministro tem a convicção de que não se devem interpretar de forma ampliativa normas que diminuam ou restrinjam a eficácia dos direitos fundamentais constitucionalmente tutelados. Destarte, deve se interpretar de forma restrita a norma contida no art. 5º, inciso XLII, da Constituição Federal, alcançando apenas a prática de discriminação contra o negro, como quis o constituinte.

Conclui, então, pelo deferimento do HC, concedendo a ordem diante da inexistência da prática de racismo e devido a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva do Estado.

Em seu voto, o **Ministro Sepúlveda Pertence**, aduz que o racismo – aqui incluído o preconceito antissemita – deve ser entendido em seu sentido cultural e sociológico e que, na Constituição, o referido termo é ambivalente. Para ele, interpretar de forma restrita e reducionista o termo raça, exclui a comunidade judaica, o que não é correto.

O Ministro não concorda com a cláusula de imprescritibilidade de determinadas infrações penais, por considerá-la irracional e esdrúxula, pois se fundamenta em outra Constituição latino-americana que não a brasileira e tem por justificativa a garantia de punição penal, a qualquer tempo, ao golpe de Estado vitorioso.

De acordo com sua visão, os crimes previstos na Lei n. 7.716 não são tão graves a ponto de serem atingidos pela imprescritibilidade, como a relevância do golpe de Estado vitorioso disposto no art. 5º, inciso XLIV, da CF.

Expõe que as obras publicadas tem a força de serem instrumentos para a prática de racismo e, portanto, incompatíveis com a liberdade de expressão. Afirma que a referida garantia constitucional foi exercida, porém não exclui a possibilidade de responsabilidade civil ou penal pelo seu excesso.

Conclui, então, que as obras não possuem caráter de revisionismo histórico, mas sim de cunho racista. Sendo assim, denega a ordem.

3.3 Conclusões Quanto à Constitucionalidade da Decisão

Ao concluir sobre a decisão, devemos lembrar que a presente pesquisa tem como problemática central a questão referente à decisão do caso Ellwanger (HC 82.424/RS), no sentido de saber se esta foi ou não constitucionalmente adequada. Para tanto, criaram-se outros questionamentos visando apontar o caminho a ser trilhado na busca de uma maior compreensão do tema.

Todo o presente estudo gira no entorno do direito fundamental à liberdade de expressão. A nossa Constituição Federal de 1988 deu especial atenção ao direito de manifestação prevendo, no inc. IV, do seu art. 5º, que “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”; no inciso seguinte deixou claro que o direito à livre expressão é passível de limitações, resguardando que “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem.”

Quando se pretende a publicação de uma obra literária, histórica, doutrinária, ou outra forma de manifestação escrita, se exerce a liberdade de expressão em seu aspecto externo ¹¹⁸. Na situação do HC 82.424, em que se discute a possibilidade da proibição da publicação de um livro, a defesa da divulgação das suas ideias deve-se afirmar, especificamente, no inc. IX, do mesmo art. 5º: “é livre a

¹¹⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 243.

expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença.”

O sujeito ou veículo de comunicação que pretende a divulgação de informações de caráter científico, intelectual ou jornalístico deve receber atenção especial. José Afonso da Silva nos lembra, fazendo referência à doutrina francesa, que “por ‘informação’ se entende o conhecimento de fatos, de acontecimentos, de situações de interesse geral e particular que implica, do ponto de vista jurídico, duas direções: a do *direito de informar* e a do *direito de ser informado*.”¹¹⁹

Note-se que, face a uma obra que se pretende histórica, a proteção ao direito do autor de vê-la publicada deve ser reforçada, e a deliberação sobre uma possível limitação – quiçá acompanhada da inevitável supressão desse direito – por conflito com outros direitos de estatura constitucional, deve ser tomada com redobrado cuidado.

A liberdade de expressão, aqui discutida na modalidade de liberdade de informação, reforça seu relevo por se desdobrar em uma segunda dimensão. Ou seja, o direito de manifestar uma informação não se resume ao direito de informar, mas também alcança o direito de ser informado. Este, a despeito de ser uma nítida extensão da liberdade de informar, também possui proteção constitucional específica – art. 5º, inc. XIV: “é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional.” – fundada na ideia de que, o acesso à informação, à notícia, é questão de interesse público¹²⁰.

As informações propagadas pela publicação de um livro, a semelhança da informação jornalística, exerce relevante função social por funcionar como

¹¹⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 245.

¹²⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. GONET BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 374.

instrumento de formação da opinião pública¹²¹. É pelo acesso a esses meios de comunicação que se exerce o direito coletivo à informação¹²².

Como visto, o direito de informar combinado com o direito de ser informado, exercem importante influência na saúde de uma comunidade democrática. A troca de informações e de opiniões contribui decisivamente para a vitalidade de um sistema democrático¹²³, caracterizado, essencialmente, pela pluralidade de opiniões. Entende-se, ainda, que o ser humano somente desenvolverá sua personalidade em sua plenitude, quando dispor dos meios necessários para conhecer a realidade que o cerca, a fim de que possa participar e interar-se dos debates que surgem em sua comunidade¹²⁴. Ganha a comunidade, ganha o indivíduo. “[...] a busca da verdade ganha maior fecundidade se levada a cabo por um meio de debate livre e desinibido”¹²⁵.

É forçoso reconhecer que o direito pretendido pelo paciente do HC 82.424/RS de ver seu livro publicado, possui considerável respaldo não apenas da mais autorizada doutrina constitucional, mas também da própria Carta Política brasileira.

A despeito de todas as circunstâncias citadas que colaboram em emprestar maior destaque para a liberdade de expressão, a partir desse momento seguimos o estudo apoiados na afirmativa, de resto pacífica, de que não existe princípio absoluto, “sujeitos que estão, em sua totalidade, a juízos de ponderação – em cada situação hermenêutica – com outros bens ou valores dotados de igual hierarquia constitucional.”¹²⁶.

O respeitado constitucionalista José Afonso da Silva, apontando os princípios que regem as formas de comunicação, nos ensina que: “observado o disposto na Constituição, não sofrerão qualquer restrição qualquer que seja o processo ou veículo

¹²¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 247.

¹²² SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 246.

¹²³ MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. GONET BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 360.

¹²⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. GONET BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 360.

¹²⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. GONET BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 360.

¹²⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. GONET BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 151.

por que se exprimam;”¹²⁷ Essa lição demonstra claramente que não haverá interferência nas formas de comunicação, desde que observado o disposto no Constituição Federal. Desta forma, pode se observar que a razão da restrição de publicidade da obra no caso Ellwanger se deu, principalmente, pela ofensa ao disposto na Carta Magna quanto à proibição da prática de atos de racismo.

O que deve ser observado, portanto, é se o conteúdo veiculado na mensagem é capaz de desrespeitar o disposto na nossa Constituição.

Sobre o conteúdo da obra que teve sua publicação recusada judicialmente, de pronto deve ser classificada como um típico caso de *hate speech*¹²⁸ que, segundo Daniel Sarmiento são “manifestações de ódio, desprezo ou intolerância contra determinados grupos, motivadas por preconceitos ligados à etnia, religião, gênero, deficiência física ou mental e orientação sexual, dentre outros fatores”¹²⁹.

O livro que teve sua publicação contestada trabalha sobre a hipótese de que o Holocausto foi uma farsa, e tem como principal premissa de seus argumentos a ideia de inferioridade do povo judeu. Seu texto converge com uma corrente de pensamento moderno antisemita que busca a retomada da filosofia nazista e considera a comunidade judaica, segundo as próprias palavras da ementa do HC 82.424/RS, como “*uma raça inferior, nefasta e infecta*”.

Como já afirmado, a decisão do Supremo Tribunal Federal manteve a proibição da publicação da referida obra. O caminho trilhado pela Suprema Corte a fim de suprimir o direito à divulgação do livro foi no sentido de que seu conteúdo viola os princípios da igualdade jurídica e da dignidade da pessoa humana. Restando evidente a “inconciliabilidade com os padrões éticos e morais definidos na Carta Política do Brasil e do mundo contemporâneo, sob os quais se ergue e se harmoniza o estado democrático”, nas próprias palavras do ementado.

¹²⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 243.

¹²⁸ DICTIONARY REFERENCE. Disponível em: <<http://dictionary.reference.com/>>. Acesso em: 09/09/2011, 21:42hrs.: *Hate Speech: speech that attacks a person or group on the basis of race, religion, gender, or sexual orientation*.

¹²⁹ SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do Hate Speech. **Revista de Direito do Estado**. Ano 1, n. 4, out/dez de 2006. pp. 54-55

Além disso, para sustentar a decisão de indeferir a concessão do referido HC, foi traçada a análise a respeito da conceituação de raça e se os judeus se inseriam ou não nesse contexto, a fim de verificar a prescritibilidade ou não no presente caso. Ademais, se fez necessária a utilização do direito comparado, para sedimentar a fundamentação encontrada na legislação brasileira que pune manifestações de cunho racista, bem como se observou que a liberdade de expressão não é absoluta e que possui limitações morais e jurídicas¹³⁰.

Uma especial observação deve ser feita quanto à violação do princípio da dignidade humana, tido pela autorizada doutrina do prof. Inocêncio M. Coelho como “de valor pré-constituente e de hierarquia supraconstitucional”¹³¹. Deve-se destacar, não apenas a força desse princípio, mas também a sua amplitude que possibilita que se espraie por todo o sistema jurídico, incidindo sobre praticamente todas as questões juridicamente relevantes.

Esse princípio é um dos próprios fundamentos da nossa República, segundo o primeiro artigo da Constituição Federal (art. 1º, inc. III, da CF/88). Nos lembra Barroso que esse postulado “é o valor e o princípio subjacente ao grande mandamento, de origem religiosa, do *respeito ao próximo*.”¹³². Apesar da amplitude desse princípio, se faz necessária uma tentativa de definição conceitual a fim de que se torne mais palpável, mais visível a sua possível violação pelo conteúdo do livro censurado.

A respeito, recorremos à Ingo W. Sarlet.

O conceito que se propõe, vale repisar, representa uma proposta em processo de reconstrução, visque que já sofreu dois ajustes desde a primeira edição, com o intuito da máxima afinidade possível com uma concepção multidimensional, aberta e inclusiva de dignidade da pessoa humana. Assim sendo, temos por dignidade da pessoa humana *a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de*

¹³⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Habeas Corpus n. 82.424-2/RS. j. 17/09/2003. DJ 19/03/2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/>>, acesso em: 18/09/2011, 18:32hrs.

¹³¹ MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. GONET BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 150.

¹³² BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 250.

*direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.*¹³³

O conceito proposto satisfaz e oferece os elementos necessários.

Uma obra que se intitula histórica e baseia seus estudos, principalmente, em um argumento que busca desqualificar a comunidade judaica como raça de inferiores na tentativa de justificar a segregação e a discriminação desse segmento da sociedade, não se compadece, por óbvio, com a pretensão de “vida em comunhão com os demais seres humanos”, nem com o devido respeito ao próximo. Ao contrário. O livro procura, sob o pálio da liberdade de expressão, ocultar o detestável crime de racismo. Como bem lembra Paulo Gonet, o fato “constitui crime, e não conduta amparada pela liberdade de expressão, já que nesta não se inclui a promoção do racismo.”¹³⁴

Não fosse suficiente a violação da igualdade jurídica e da dignidade humana a autorizar a supressão do direito à manifestação do conteúdo do livro, ainda teríamos o argumento da proteção à criança e ao adolescente (arts. 226-ss. da CF/88) que, de qualquer forma, teriam a possibilidade de contato com essa obra antissemita, de propagação do ódio racial. Sobre o ponto são as palavras de Paulo Gonet: “A liberdade de expressão, portanto, poderá sofrer recuo quando o seu conteúdo puser em risco uma educação democrática, livre de ódios preconceituosos e fundada no superior valor intrínseco do ser humano.”¹³⁵

¹³³ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 8. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 42.

¹³⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. GONET BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 370.

¹³⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. GONET BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 368.

CONCLUSÃO

Apresentar a teoria geral dos direitos fundamentais no Capítulo 1 da presente pesquisa é elementar para se desenvolver os aspectos específicos da liberdade de expressão e, principalmente, para melhor compreender a fundamentação dos votos dos Ministros no julgamento do HC 82.424/RS, pelo Supremo Tribunal Federal.

Ao falar sobre as dimensões dos direitos fundamentais, mais especificamente os de primeira dimensão – conhecidos também como direitos de defesa de cunho negativo –, relembramos que eles limitam a intervenção do Estado na esfera privada de direitos do cidadão, e que a liberdade de expressão está incluída neste rol.

As garantias dos direitos fundamentais visam assegurar ao cidadão o exercício pleno de cada um desses direitos perante a sociedade, sendo protegidos pela Lei Maior brasileira. Pelas limitações compreende-se que nenhum direito possui caráter absoluto e, desta forma, devem ser restringidos quando em conflito com outro valor constitucionalmente protegido.

A Constituição Federal possui íntima ligação com os direitos fundamentais, pois a maioria deles está inserida na Carta Magna e são tutelados por esta. Porém, mesmo os que não estão inseridos no texto constitucional também possuem proteção, como foi observado no primeiro capítulo da pesquisa.

Os direitos fundamentais são, em conjunto, o pilar do Estado Democrático e Social de Direito e, somente inseridos nesse Estado submetido à Constituição, que atingem sua eficácia para que seu exercício seja garantido, protegido e, quando necessário, limitado.

A interpretação constitucional, como visto no capítulo inicial, é o conjunto de métodos e princípios que visam resolver conflitos entre direitos diversos e de igual status jurídico, que são constitucionalmente protegidos pela Carta Política. Assim, do ponto de vista hermenêutico são meios obrigatórios para a referida resolução de confrontos entre direitos. À guisa de exemplo, o princípio da proporcionalidade, por meio da ponderação entre os valores envolvidos, foi o instrumento utilizado no Caso

Ellwanger pelos Ministros para dirimir a questão interpretativa e chegar a conclusão final pelo indeferimento do *habeas corpus*.

Já no segundo capítulo foi abordada a garantia constitucional à liberdade de expressão de forma mais específica, e observou-se que, juntamente com o direito à liberdade fundamentam o direito à dignidade da pessoa humana. Assim, o efetivo exercício de tais direitos em conjunto institui um Estado Democrático.

Tal garantia constitucional tutela todas as formas de manifestação, porém só limita, o *hate speech*, por conter declarações violentas e odiosas, que causam impacto negativo na sociedade e são repudiadas não só por essas, mas pela Constituição ao afirmar o repúdio ao racismo (art. 4º, inciso VIII, da CF), por exemplo.

Nessa perspectiva, o Caso Ellwanger – HC 82.424/RS – é um típico caso de *hate speech*, pois caracterizado como um discurso de ódio e de cunho racista contra o povo judeu, incentivando de forma negativa a visão da sociedade sobre eles. Destarte, por não ser um direito absoluto, como observado no desenvolver da pesquisa, a liberdade de expressão é passível de sofrer limitações por parte da Constituição ou em casos de conflito com direitos constitucionalmente protegidos, que no caso fora dirimido por meio da aplicação do princípio da proporcionalidade, realizando uma ponderação entre tais valores, como visto nas fundamentações dos Ministros do STF.

Posteriormente, no Capítulo 3, desenvolveu-se o julgado do HC 82.424/RS, expondo os argumentos dos votos dos Ministros e suas divergências quanto ao Caso Ellwanger.

Os Ministros que deferiram o referido *habeas corpus* – Moreira Alves¹³⁶, Carlos Ayres Britto e Marco Aurélio –, no que concerne à análise da liberdade de expressão em conflito com outros direitos constitucionalmente protegidos, seguiram a linha de que o paciente não incitou a prática de racismo e não atentou contra a dignidade judaica.

¹³⁶ Para o Ministro Moreira Alves a questão central do julgado gira em torno da prescritibilidade e não se a condenação viola a liberdade de expressão. Desta forma, não teceu considerações a respeito do assunto.

Assim, apesar de não concordarem com a conduta do paciente e não seguirem a mesma ideologia, sustentam que sua obra e as que ele divulgou possuem caráter histórico sob a perspectiva revisionista e ideológica, elaborando, desta forma, uma pesquisa científica sob sua visão.

Já os demais Ministros que denegaram¹³⁷ a ordem mantiveram o entendimento de que assim como todos os direitos fundamentais, a liberdade de expressão não é absoluta e deve ser limitada quando houver abuso no seu exercício. Desta forma, a referida garantia constitucional não abriga condutas ilícitas como a incitação ao ódio e ao racismo contra o povo judeu, caracterizadas como antissemitismo, como se verificou no caso.

Destacam a relevância da dignidade da pessoa humana como fundamento da República (art. 1º, inciso III, da CF) e do Estado Democrático de Direito. Por causa dessa relevância e de sua relação com os direitos humanos, a liberdade de expressão não pode se sobrepor em face aos direitos fundamentais à dignidade da pessoa humana e à igualdade jurídica em uma sociedade pluralística.

Desta forma, concluem os Ministros que indeferiram o HC que as teorias antissemitas publicadas pelo paciente, sob o disfarce de revisionismo histórico, ofendem a Constituição Federal, no que concerne ao direito fundamental da dignidade da pessoa humana, de cidadania e de igualdade, bem como afrontam os princípios do Estado Democrático e Social de Direito. Assim, por meio de suas condutas preconceituosas, o paciente ultrapassa os limites da liberdade de expressão.

É nesse sentido que o intérprete ao tentar harmonizar os valores constitucionais em conflito e, por meio do princípio da proporcionalidade, ponderar os direitos fundamentais, podendo determinar que no presente caso houve a preponderância da dignidade do povo judeu em face à liberdade de expressão do paciente.

Por fim, conclui-se que a decisão do Supremo Tribunal Federal foi constitucional ao denegar a ordem.

¹³⁷ Os Senhores Ministros Maurício Corrêa, Celso de Mello, Gilmar Mendes, Carlos Velloso, Nelson Jobim, Cesar Peluso, Sepúlveda Pertence e a Senhora Ministra Ellen Greice.

Os direitos fundamentais da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica devem prevalecer diante de uma real situação de abuso da garantia constitucional de liberdade de expressão por meio de *hate speech* – não tutelado pela Constituição –, como no Caso Ellwanger.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **On Constitutional Rights to Protection**. *Legisprudence*, Volume 3, Number 1, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

Bill of Rights Institute. Landmark Supreme Court Cases and the Constitution: National Socialist Party of America v. Village of Skokie (1977) Disponível em: <<http://billofrightsinstitute.org/wp-content/uploads/2011/12/Skokie.pdf>>. Acesso em: 29/09/2012, 10:34hrs.

CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. **Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional*, 3 ed., São Paulo: Saraiva, 2007.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 24/05/2012, 15:21hrs.

DICTIONARY REFERENCE. Disponível em: <<http://dictionary.reference.com/>>. Acesso em: 09/09/2011, 21:42hrs.

Farias, Edilsom. **Liberdade de Expressão e Comunicação: Teoria e proteção constitucional**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

FindLaw. For Legal Professionals. Disponível em: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/cgi-bin/getcase.pl?court=us&vol=432&invol=43>>. Acesso em: 28/09/2012, 20:47hrs.

J. J. Gomes Canotilho, **Direito Constitucional**, p. 509 apud WOLFGANG SARLET, Ingo. **Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**, 2 ed., Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010.

Luigi Ferrajoli, **Derechos y Garantías: La ley del más débil**, p. 37 e ss. apud WOLFGANG SARLET, Ingo. **Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**, 2 ed., Porto Alegre: Editora

Livraria do Advogado, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. GONET BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 8. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do Hate Speech. **Revista de Direito do Estado**. Ano 1, n. 4, out/dez de 2006.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Habeas Corpus n. 82.424-2/RS. j. 17/09/2003. DJ 19/03/2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/>>, acesso em: 18/09/2011, 18:32hrs.

WOLFGANG SARLET, Ingo. **Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional, 2 ed., Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010.